المملكة المغربية

محكمة النقض

مجلة

قضاء محكمة النقض

العدد 85

الناشر: محكمة النقض (مرصد الاجتهاد القضائي).

المؤلف: مجلة قضاء محكمة النقض – العدد 85.

الإيداع القانوني: 17/1968

ردمد: 0715-2489

عنوان المراسلة: شارع النخيل – حي الرياض – الرباط (المغرب)

هاتف: 05.37.28.71.26

فاكس: 05.37.71.78.20

البريد الإلكتروني: Rev.cour.cassation@gmail.com

الموقع الإلكتروني: www.courdecassation.ma

الطبع: مطبعة الأمنية – 8، زنقة مولاي رشيد حسان – الرباط.



أمير المؤمنين جلالة الملك محمد السادس نصره الله وأيده

رئيس المجلس الأعلى للسلطة القضائية

تقديم

بسم الله الرحمن الرحيم

بفيض من الفخر والاعتزاز أضع بين يدي القارئ الكريم هذا العدد الهام من مجلة محكمة النقض الذي يتضمن أحدث التوجهات القضائية لغرفها الست في كافة التخصصات، إضافة إلى دراسات وأبحاث تتناول مواضيع متنوعة تطرح العديد من الإشكالات القانونية المختلفة.

وإذا كان من حقنا أن نعتز بما حققه المغرب من مكاسب في حقل الحقوق الاقتصادية والاجتماعية، بفضل مبادراته الوطنية الرائدة، فإن انخراطه الفعال في المنظومة الأممية للعدالة الاجتماعية، ساهم بدون شك في التأسيس لنموذج تنموي جديد يجعل قضايا الشباب في صلب النموذج التنموي الجديد، ويتيح له الانخراط في الحياة الاجتماعية والمهنية بكل ثقة وأمل في المستقبل، وفق ما أعلن عنه صاحب الجلالة الملك محمد السادس نصره الله وأيده، في خطابه السامي الموجه إلى الأمة يوم الاثنين 20 غشت، بمناسبة الذكرى الخامسة والستين لثورة الملك والشعب والذي جاء فيه:

"لقد سبق أن أكدت، في خطاب افتتاح البرلمان، على ضرورة وضع قضايا الشباب في صلب النموذج التنموي الجديد، ودعوت لإعداد استراتيجية مندمجة للشباب، والتفكير في أنجع السبل للنهوض بأحواله.

فلا يمكن أن نطلب من شاب القيام بدوره وبواجبه دون تمكينه من الفرص والمؤهلات اللازمة لذلك. علينا أن نقدم له أشياء ملموسة في التعليم والشغل والصحة وغير ذلك. ولكن قبل كل شيء، يجب أن نفتح أمامه باب الثقة والأمل في المستقبل..

فتمكين الشباب من الانخراط في الحياة الاجتماعية والمهنية ليس امتيازا لأن من حق أي مواطن، كيفما كان الوسط الذي ينتمي إليه، أن يحظى بنفس الفرص والحظوظ من تعليم جيد وشغل كريم". انتهى النطق الملكي السامي.

ومن هذا المنطلق فإن محكمة النقض وبحكم موقعها الاعتباري تحرص بشكل دؤوب على استحضار هذه المتطلبات والرهانات من خلال أحدث قراراتها واجتهاداتها القضائية، الرامية إلى تأويل النصوص القانونية بما يواكب التطورات الاقتصادية والحقوقية، ويساهم في ضبطها للتوازن الاقتصادي ويدعم مواصلة انخراطها الجاد والهادف في صلب المسار الذي تنهجه بلادنا بكل عزم وثبات، من أجل تكريس النموذج التنموي الجديد، وإقامة السلم الاجتماعي، وكسب ثقة المستثمرين، وتحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية، وترسيخ حقوق الإنسان ثقافة وسلوكا وممارسة، بوصفها مداخل أساسية لإرساء دعائم مجتمع متضامن على النحو الذي أقره تصدير دستور المملكة، في ظل الرؤية المتبصرة لمولانا أمير المؤمنين صاحب الجلالة والمهابة الملك محمد السادس دام له العز والنصر والتمكين.

مصطفى فارس

الرئيس الأول لمحكمة النقض

الرئيس المنتدب للمجلس الأعلى للسلطة القضائية

الجزء الأول

قرارات الغرفة المدنية

القرار عدد 136
الصادر بتاريخ 13 فبراير 2018
في الملف المدني عدد 2016/4/1/4767

حوالات حبسية - حجيتها.

بموجب المادة 48 من مدونة الأوقاف، تعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس، والمحكمة لما نظرت إلى رسم التصفح الذي يتضمن معاينة عدلين لما بكنانيشها أن المدعى فيه مسجل بكناش إحصاء الأملاك المحبسة حسب الحوالات الحبسية ذات الأرقام المضمنة بالرسم المذكور، واستبعدته دون نظر إلى محتواه، بعلة أنه من صنعها، ودون أن تجري تحقيقا بالوقوف على عين المدعى فيه، وحد حدوده بالنظر إلى الواقع وما يوثقه الرسم، تكون قد بنت قرارها على غير أساس.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من وثائق الملف، ومن القرار المطعون فيه أن موروث المطلوبين تقدم بمقال أمام المحكمة الابتدائية بوزان بتاريخ 2012/06/19، عرض فيه أنه يملك العقار الموصوف به، وقد صدر بشأنه حكم نهائي بنزع ملكيته لفائدة المكتب الوطني للماء الصالح للشرب، مقابل تعويض قدره 655.560 درهم، أودع بصندوق الإيداع والتدبير، ثم صدر أمر استعجالي بتمكين المكتب من حيازة المدعى فيه فتقدم الموروث المذكور بمقال استعجالي لتحويل مبلغ التعويض من صندوق الإيداع والتدبير إلى صندوق المحكمة الإدارية لفائدته، فرفض طلبه بعلة أنه يتعين الإدلاء بحكم قاض باستحقاق العقار، والتمس الحكم

باستحقاقه العقار رقم 68 موضوع نزع الملكية بالمرسوم رقم 2.04.354 المؤرخ في 2004/04/06 المنشور بالجريدة الرسمية عدد 5216 الصادر بتاريخ 04/04/27، وأرفق المقال بنسخة من شرائه عدد 23 وبحكم المحكمة الإدارية عدد 340 وقرار محكمة النقض المؤيد له عدد 344 والأمرين الاستعجالين رقم 03 و608 ومحضر تنفيذ مؤرخ في 2011/04/19 وحكم ابتدائي عدد 116 وقرار استئنافي مؤيد له عدد 263 ومحضر معاينة مؤرخ في 2013/03/21. وأجابت الطاعنة بأن المدعى فيه ملك حبسي بموجب حوالة حبسية، وأن نزع ملكيته وقع بالخطأ، وأرفقت جوابها برسم التصفح عدد (...). وتقدم المطلوبون بمقال بتاريخ 2013/03/20 من أجل مواصلة الدعوى بعد وفاة موروثهم. وبعد البحث وانتهاء الأجوبة والردود، أصدرت المحكمة الابتدائية حكما تحت رقم 171 بتاريخ 2014/11/05 في الملف رقم 2012/1401/202 قضى "برفض الطلب"، واستأنفه المطلوبون مصممين على طلبهم. وبعد استنفاد أوجه الدفع والدفاع، أصدرت محكمة الاستئناف قرارا "بإلغاء الحكم المستأنف وبعد التصدي الحكم باستحقاق ورثة (ع.ن) ملكية القطعة الأرضية الحاملة لرقم 68 بجدول المرسوم رقم 01.04.354 بتاريخ 2004/04/27 المنزوعة ملكيتها للمنفعة العامة لفائدة المكتب الوطني للماء الصالح للشرب"، وهو القرار المطعون فيه بمقال تضمن وسيلة وحيدة، والتمس المطلوبون رفض الطلب.

في الوسيلة الوحيدة:

حيث تعيب الطاعنة القرار بخرق القانون، ذلك أنه اعتمد على أن الحائز يكفيه الادعاء بالحوز والملك ولا يجبر على بيان وجه مدخله أو تملكه للعقار باعتباره مدعى عليه في الدعوى وأن البينة على المدعي المنازع في الأصل القاضي بأن الحائز الظاهر هو المالك، مع أن الحبس لا يحاز عليه، كما اعتمد على أن الطاعنة مدعوة إلى إثبات ملكيتها للشيء المحبس وأن الإشهاد بالتصفح عدد 360 من صنعها فلا تستفيد منه، مع أن قانون 1913/07/13 المتعلق بتحسين الأحباس

ينص على أن تمسك إدارتها كنانيش لتقييدها، وأن التصفح المدلى به ليس تصفحا عاديا وإنما هو حوالة حبسية، وهذه تعتبر بمثابة عقد يثبت التحبيس، مما يوجب نقض القرار.

حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أنه بموجب المادة 48 من مدونة الأوقاف، تعتبر الحوالات الحبسية حجة على أن الأملاك المضمنة بها موقوفة إلى أن يثبت العكس، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما نظرت إلى رسم التصفح عدد (...) الذي يتضمن معاينة عدلين لما بكنانيشها أن المدعى فيه مسجل بكناش إحصاء الأملاك المحبسة حسب الحوالات الحبسية ذات الأرقام المضمنة بالرسم المذكور، واستبعدته دون نظر إلى محتواه، بعلة أن: "الإشهاد بالتصفح لعدلين لسجلاتها في 2006/01/25 عدد 360 صحيفة 324 كناش 35 توثيق وزان من صنع المستأنف عليها ودفاترها وكتاباتها، وأن الشخص لا يستفيد من حجة من صنعه"، دون أن تجري تحقيقا بالوقوف على عين المدعى فيه وحد حدوده بالنظر إلى الواقع وما يوثقه الرسم، تكون قد بنت قرارها على غير أساس وعرضته للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبهذا صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد حسن منصف **رئيسا** والمستشارين السادة: عبد السلام بتروع **مقررا**، وعبد الواحد جمالي الإدريسي ونادية الكاعم ومصطفى نعيم **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد نور الدين الشطبي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة ابتسام الزواغي.

القرار عدد 217
الصادر بتاريخ 13مارس 2018
في الملف المدني عدد 2016/4/1/1324

شفعة – مقاسمة الشفيع للمشتري – أثرها.

إن مقاسمة الشفيع للمشتري هي سبب سقوط الشفعة، لا طلب مقاسمة الشركاء للشفيع، والمحكمة لما صارت إلى نص الشيخ خليل "وسقطت إن قاسم أو اشترى أو ساوم"، دون أن تبين من أين استقت أن الشفيعة قاسمت المشتري في ما تطلب شفعته أو دعته إلى ذلك، تكون قد عللت قرارها فاسدا، وهو بمثابة انعدامه.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من وثائق الملف، ومن القرار المطعون فيه أن الطاعنة تقدمت لدى المحكمة الابتدائية بقصبة تادلة بمقال افتتاحي، عرضت فيه أنها تملك حقوقا مشاعة في الرسم العقاري عدد (...) بدائرة قصبة تادلة، وبأن الملاك معها (ع.ر) ومن معه باعوا للمطلوب الأول أسهما في هذا العقار بموجب عقد بيع مؤرخ في 05 فبراير 2009، كما باعت له (ر.ر) أسهما بموجب عقد البيع المؤرخ في 13 شتنبر 2011، وباعت له (ن.ر) أسهما محل عقد بيع يحمل نفس التاريخ، وأنها أبدت رغبتها في شفعة المبيع من يد المطلوب المذكور، وعرضت ثم أودعت لفائدته بعد رفض العرض ثمن المبيع ومصروفات العقود الثلاثة بتاريخ 2013/5/20، علما بأن تقييدها بالرسم العقاري محلها كان بتاريخ 2012/8/28، والتمست الحكم باستحقاقها شفعة جميع الحقوق المبيعة، وأرفق المقال بشهادة

ملكية وبصور شمسية لعقود البيع وثلاث شواهد إيداع وبمحضر رفض عرض عيني ووصل إيداع. وأجاب المطلوب الأول بأن العرض والإيداع لم يتضمن كافة الثمن والمصاريف، و لم يتضمن واجب السمسرة، وجاء ناقصا بمبلغ 83672 درهما، ثم أن العقار المدعى فيه صدر في شأنه قرار عن محكمة الاستئناف ببني ملال تحت عدد 741 بتاريخ 2012/11/14 أي قبل تاريخ تقديم مقال طلب المصادقة على العروض العينية، قضى بالقسمة العينية وهي مسقطة للشفعة، علما أن الطاعنة أجابت عن طلب القسمة أمام المحكمة الابتدائية بأنها لا تمانع فيها، وأرفق الجواب بصورة لحكم ابتدائي صادر في الملف 07/7/50 وبأخرى للقرار الاستئنافي المنوه عنه أعلاه. وتدخل في الدعوى المطلوبان الثاني والثالثة بمقال مؤرخ في 2013/9/05، طلبا لشفعة ذات المبيع باعتبارهما مالكين على الشياع في المدعى فيه، وأوضحا بأنهما تقدما بطلب عرض مبلغ الشفعة على المطلوب الأول، لا زال في طور التنفيذ، وأُرفق المقال بصورة لشهادة ملكية وأخرى لقرار صادر عن محكمة النقض تحت عدد 4/21 في الملف 2013/4/1/2937. وبعد انتهاء الأجوبة والردود، أصدرت المحكمة الابتدائية حكما تحت عدد 92 بتاريخ 2013/12/05 في الملف 13/7/62 قضى: "في المقال الأصلي: بالمصادقة على العرض العيني والإيداع موضوع المحضر المؤرخ في 2013/5/20 في ملف التنفيذ عدد 13/517، وباستحقاق المدعية جميع الحقوق المشاعة المقدرة ب "780 سهما" من أصل "2816 سهما" من الملك المسمى "..." ذي الرسم العقاري عدد (...) موضوع رسوم الأشرية المؤرخة على التوالى في 2009/02/05 و2011/09/13 و2011/9/13، وبأمر السيد المحافظ على الأملاك العقارية والرهون ببني ملال بتنفيذ منطوق هذا الحكم بعد صيرورته نهائيا"، وفي مقال التدخل الإرادي: برفضه"، واستأنفه كل من المطلوب الأول والمطلوبين الثاني والثالثة، وبعد ضم ملفي الاستئنافين معا في ملف واحد وهو المنوه عنه أعلاه، واستنفاد أوجه الدفع والدفاع قضت محكمة الاستئناف: "بإلغاء الحكم المستأنف جزئيا في ما قضى به

من استحقاق المدعية جميع الحقوق المشاعة موضوع رسوم الأشرية المؤرخة في 2009/02/05 و2011/9/13 في الرسم العقاري عدد (...) والحكم تصديا برفض الطلب في ما ذكر"، وهو القرار المطعون فيه بالنقض بمقال تضمن **وسيلتين**، أجاب عنه المطلوب الأول والتمس رفض الطلب.

في شأن الوسيلة الأولى:

حيث مما تعيبه الطاعنة على القرار خرق أحكام ومقتضيات الشفعة المنصوص عليها في القانون رقم 39.08 المتعلق بمدونة الحقوق العينية مع الفصل 67 من القانون الجديد للتحفيظ العقاري، ذلك أنه قضى بسقوط حقها في الشفعة على الرغم من عدم وجود أي سبب من أسباب سقوطه المنصوص عليها على سبيل الحصر في المادة 311 من المدونة أعلاه، مما يوجب نقضه.

حيث صح ما عابته الطاعنة على القرار، ذلك أن مقاسمة الشفيع للمشتري هي سبب سقوط الشفعة لا طلب مقاسمة الشركاء للشفيع، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما صارت إلى نص الشيخ خليل "وسقطت أن قاسم أو اشترى أو ساوم" دون أن تبين من أين استقت أن الشفيعة قاسمت المشتري في ما تطلب شفعته أو دعته إلى ذلك، تكون قد عللت قرارها فاسدا وهو بمثابة انعدامه، مما يعرضه للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبهذا صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد حسن منصف **رئيسا** والمستشارين السادة: المصطفى النوري **مقررا**، ونادية الكاعم ومصطفى نعيم وعبد السلام بترروع **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد نور الدين الشطبي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة ابتسام الزواغي.

القرار عدد 127
الصادر بتاريخ 13 فبراير 2018
في الملف المدني عدد 2016/4/1/884

محرر عرفي – غير محرر من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض – أثره.

بمقتضى المادة 4 من مدونة الحقوق العينية تكون باطلة المحررات العرفية المتعلقة بنقل الملكية ما لم يتم تحريرها من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، والمحكمة لما ثبت لها أن المحرر العرفي المصادق على صحة توقيعه غير محرر من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، وقضت تبعا لذلك بما جرى به منطوق قرارها لبطلان العقد المذكور تأسيسا على المادة الرابعة أعلاه السارية زمان إنشائه، تكون قد التزمت صحيح القانون، ولم تخرق المقتضيات المحتج بها.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من وثائق الملف، ومن القرار المطعون فيه أن الطاعنة تقدمت بتاريخ 2014/05/20 لدى المحكمة الابتدائية بنفس المدينة بمقال افتتاحي، عرضت فيه أن زوجها تنازل لها قيد حياته عن 50% من الملك موضوع الرسم العقاري عدد (...)، وأن المطلوبين أنجزوا رسم إراثته أصبحوا بموجبها مالكين لجميع العقار المذكور. والتمست استحقاقها لحصتها فيه. وأرفق المقال برسم إراثة موروثها عدد 04 وبإشهاد عرفي بالتنازل المذكور وبشهادة الملكية. وأجاب المطلوبون بأن الإشهاد المدلى به مخالف لمقتضيات المادة الرابعة من مدونة الحقوق

العينية. وبعد انتهاء الأجوبة والردود أصدرت المحكمة الابتدائية حكما بتاريخ 2014/12/18 في الملف عدد 2014/1938 قضى "برفض الطلب"، واستأنفته الطاعنة. وبعد استنفاد أوجه الدفع والدفاع قضت محكمة الاستئناف "بتأييد الحكم المستأنف"، وهو القرار المطعون فيه بالنقض بمقال تضمن وسيلة وحيدة أجاب عنه المطلوبون والتمسوا رفض الطلب.

في شأن الوسيلة الوحيدة:

حيث تعيب الطاعنة القرار بخرق مقتضيات الفصول 230 و424 و429 من قانون الالتزامات والعقود، ذلك أن الثابت من عقد التنازل المستدل به أن موروث المطلوبين قد تنازل لها عن نسبة 50% من العقار المذكور وأقر بتنازله في العقد وقبلته منه مما يجعله عقدا صحيحا ويشكل ورقة عرفية لها قوة إثباتية بين عاقديها تقوم مقام القانون بالنسبة لهما وتنتج آثارها القانونية، لا بينهما فحسب ولكن أيضا بين ورثتهما وخلفائهما وفقا لأحكام الفصلين 229 و230 من قانون الالتزامات والعقود، ومن تم فالمطلوبون ملزمون بتنفيذ أحكام عقد التنازل، مما يتعين معه نقض القرار.

لكن، حيث إنه على سند المادة 4 من مدونة الحقوق العينية تكون باطلة المحررات العرفية المتعلقة بنقل الملكية ما لم يتم تحريرها من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما نظرت للمحرر العرفي المصادق على صحة توقيعه في 2013/04/23 والذي استدلت به الطاعنة طلبا لاستحقاق ما تنازل عنه موروث المطلوبين من حصة تتعلق بعقار وألفته غير محرر من طرف محام مقبول للترافع أمام محكمة النقض وقضت تبعا لذلك بما جرى به منطوق قرارها لبطلان العقد المذكور تأسيسا على المادة الرابعة أعلاه السارية زمان إنشائه، تكون قد التزمت صحيح القانون و لم تخرق المقتضيات المحتج بها، والوسيلة لذلك غير جديرة بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبهذا صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد حسن منصف **رئيسا** والمستشارين السادة: نادية الكاعم **مقررة**، وعبد الواحد جمالي الإدريسي ومصطفى نعيم وعبد السلام بنزروع **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد نور الدين الشطبي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة ابتسام الزواغي.

القرار عدد 129
الصادر بتاريخ 13 فبراير 2018
في الملف المدني عدد 2016/4/1/87

شفعة – قيمة التحسينات – شروط الحكم بها.

للأخذ بالشفعة يجب أن يكون المشفوع به شاملا لثمن البيع ومصروفات العقد اللازمة وقيمة التحسينات عند الاقتضاء، والمحكمة لما اعتبرت الطاعن سيء النية، وغير محق في المطالبة بقيمة التحسينات، وردت طلبه بعلة أن الأمر الاستعجالي يبقى حجة على ثبوت سوء نيته فيما أقدم عليه لاحقا من تشييد البناء، وإجراء تحسينات أو تجديدات على الشقص المطلوب في الشفعة، دون البحث فيما قد يكون خرج من يده من مصاريف في إدخال تحسينات على المدعى فيه خلال الفترة السابقة لمقاضاته من أجل إيقاف البناء، وذلك بالنظر إلى الخبرتين المنجزتين على ذمة القضية، واللتين أثبتا أن أشغال البناء والغرس ابتدأت في فترة سابقة لمقاضاة الطاعن من أجل إيقاف البناء، تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا، وهو بمثابة انعدامه.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من وثائق الملف، ومن القرار المطعون فيه أن المطلوب تقدم بتاريخ 1996/04/24 لدى المحكمة الابتدائية بالناظور بمقال افتتاحي، عرض فيه أنه يملك حظا مشاعا مع المطلوب حضورهما أخيه (ز.م) ووالدته (ف.ط) في البقعة الأرضية الكائنة ببودينار في المكان المسمى (...) المذكورة، حدودها بالمقال، وأن والدته المذكورة قامت بتفويت واجبها في الأرض المذكورة لفائدة الطاعن،

والتمس الحكم باستحقاقه لحظه في المدعى فيه العائد له إرثا عن والده واستشفاع بقية الحظوظ المبيعة مع أداء الطاعن وأخيه ووالدته المذكورين قبله اليمين على أن ظاهر الثمن كباطنه وتسجيل استعداده لأداء ثمن البيع ومصاريفه، وإلزام الطاعن بالتخلي عن الأرض المستحقة والحصة المستشفعة وأرفق المقال برسم شراء عدد 107 وأمر استعجالى صادر بتاريخ 1995/9/1 تحت عدد 130-95 عن المحكمة الابتدائية بالناظور، وأجاب الطاعن والمطلوب الأول بأن الدعوى وجهت ضد ميت حسب شهادة الوفاة المؤرخة في 1996/11/4 عدد 2743 وأن المطلوب لم يثبت حالة الشياع وكذا نسبة الملك لموروث الطرفين وان المدعى فيه تمت قسمته حسب الموجب عدد 500 وحسب الإشهاد المصادق عليه وأرفقا الجواب بالوثائق المذكورة وبعد انتهاء الأجوبة والردود أصدرت المحكمة بتاريخ 1998/11/16 في الملف عدد 384-96 حكما قضى "1- بعدم قبول طلب استحقاق الحظ إرثا؛ 2 - برفض طلب الشفعة على حالته"، واستأنفه المطلوب وأرفق مقاله بإراثة عدد 167 فأصدرت محكمة الاستئناف قرارا بتاريخ 1999/10/19 في الملف عدد 174-99 قرارا تحت عدد 384-96 قضى: "بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به والتصريح بإرجاع الملف وطرفيه للمحكمة مصدرته للبت فيه في الموضوع وطبقا للقانون". وبعد إرجاع الملف للمحكمة الابتدائية، تقدم المطلوب بمقال إضافي وآخر إصلاحي، التمس فيهما إدخال المطلوب حضورهما في الدعوى وإصلاح اسم الطاعن وإلزام هذا الأخير هو ومن يقوم مقامه بهدم البناء الذي أنشأه على الأرض موضوع النزاع، وحمل أنقاضه إرجاعا للحالة أو إلزامه بأدائه له تعويضا عن الأرض يوازي شراء قطعة أرضية مماثلة. وأجاب هذا الأخير بمذكرة جوابية مع طلب مضاد، عرض فيه أن موضوع الشفعة والاستحقاق جاء عاما غير مخصص لحظ واحد وأن البيع انصب على حصة مفرزة، وحالة الشياع منتفية، وأن الحدود الواردة برسم شرائه تختلف عن الحدود المذكورة بمقال المطلوب، وأن هذا الأخير لا يرث في

الحصة موضوع طلب الشفعة، والتمس الأمر بإيفاد خبير إلى عين المكان لتحديد قيمة العقار ومصاريف بنائه وما يدره عليه من فوائد قصد تعويضه عما أنفقه متى تبين للمحكمة أن موجبات الشفعة متوافرة وبعدما أمرت المحكمة بإجراء بحث وخبرتين لتحديد قيمة التحسينات الأولى أنجزها الخبير (ع.س) والثانية أنجزها الخبير (ك.ن). وبعد انتهاء الأجوبة والردود، أصدرت المحكمة بتاريخ 2011/06/06 في الملف 53-2000 حكما تحت عدد 523 قضى "في الشكل: قبول الطلبين الأصلي والمقابل، وفي الموضوع: في الطلب الأصلي: باستشفاع المدعي للحظوظ المبيعة بمقتضى رسم الشراء المضمن بكناش الأصول عدد 7 وتاريخ 1993/2/9، وذلك بعد أدائه الثمن ومصروفات العقد الضرورية مع تحميله الصائر ورفض باقي الطلبات. في الطلب المقابل: الحكم على المدعى عليه بمقتضاه بأدائه لفائدة المدعي (المشفوع منه) قيمة التحسينات والبناء حسب مبلغ (635.508) درهم ستمائة وخمسة وثلاثون ألفا وخمسمائة وثمانية درهم مع تحميله الصائر والإجبار في الحد الأدنى وبرفض باقي الطلبات"، واستأنفه الطاعن والمطلوب. وبعد استنفاد كل دفع أو دفاع، أصدرت محكمة الاستئناف قرارا قضى "في الشكل: بقبول الاستئنافين. في الموضوع. في الطلب الأصلي: بإلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض طلب استحقاق المدعي لحظه الشائع في المدعى فيه وفيما قضى به من رفض طلب هدم البناء وقلع الأغراس والتصدي له بالحكم من جديد باستحقاق المدعي لحظه الشائع من يد المدعى عليه وفق الفريضة الشرعية عدد (...) وعدد (...) وبإجبار هذا الأخير على هدم البناء المشيد وقلع الأغراس المقامة إرجاعا للحالة إلى ما كانت عليه قبل تاريخ 1994/12/28 يوم رفع الدعوى المستعجلة، وبتأييد الحكم فيما قضى به من استشفاع المدعي لباقي العقار المبيع مع أدائه لثمن العقد وباقي مصاريفه الأخرى الثابتة ومع يمين المشفوع منه على أن الثمن ظاهره كباطنه. في الطلب الفرعي: بإلغاء الحكم فيما قضى به من إلزام المدعى عليه الفرعي بأدائه للمدعي الفرعي

التعويض المحكوم به والتصدي له بالحكم من جديد برفض الطلب"، وهو القرار المطعون فيه بمقال تضمن **وسيلة وحيدة** واستدعي المطلوب ولم يجب.

في شأن الوسيلة الوحيدة:

حيث يعيب الطاعن القرار بانعدام التعليل وعدم الرد عن دفوعاته وخرق القواعد الفقهية المتعلقة بالإرث والاستحقاق، ذلك أن المطلوب اقتصر على إراثة والده دون إثبات نسبة الملك إلى موروثه، كما أن القرار المطعون فيه حرمه من التعويض واعتبره سيئ النية اعتمادا على الأمر الاستعجالي القاضي بإيقاف البناء بعلة أنه كان يعلم أن الشقص موضوع طلب الشفعة مشاعا وله شفيع وهو تعليل غير سليم لأن الدعوى الاستعجالية قدمت بتاريخ 1994/12/28 في حين أن دعوى الاستحقاق والشفعة قدمت بتاريخ 1996/4/24 وأنه لا يمكنه العلم بوجود شفيع علما بأن المطلوب ساكن وحاضر بجواره ويعاين البناء والغرس والتصرف منذ سنة 1993 وهو ما يؤكد وجود التقادم وأن ما يؤكد علم المطلوب بالبيع وسكوته أن ابنه (ح.ش) من أشرف على أعمال البناء حسب ما هو بالموجب عدد (...) الذي أدلى به بمذكرته المؤرخة في 2003/4/29 كما أدلى برسم عدلي عدد 500 يثبت إجراء قسمة بتية في المدعى فيه بين أبناء (ح.م) وهو المورث وكانت بين والده (م.ز) الذي باع حظه له ومع ذلك تم القول باستحقاق هذا الحظ منه، إلا أن المحكمة لم ترد على دفوعاته مما يعرض القرار للنقض.

حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك أنه للأخذ بالشفعة يجب أن يكون المشفوع به شاملا لثمن البيع والمصروفات العقد اللازمة وقيمة التحسينات عند الاقتضاء، والطاعن دفع بأنه قام بغرس أشجار وتشييد أبنية فوق الحصة المطلوب استشفاعها منه وطالب بقيمة تلك التحسينات باعتبار أن الشفيع مطالب بها للأخذ بالشفعة، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما

اعتبرته سيء النية وغير محق في المطالبة بها وردت طلبه بعلة: "أن الأمر الاستعجالي يبقى حجة على ثبوت سوء نيته فيما أقدم عليه لاحقا من تشييد البناء وإجراء تحسينات أو تجديدات على الشقص المطلوب في الشفعة، فعدم امتثاله لما قضى به الأمر الاستعجالي كاف لإثبات سوء نيته"، وقضت وفق ما جرى به منطوق قرارها، وذلك دون البحث فيما قد يكون خرج من يده من مصاريف في إدخال تحسينات على المدعى فيه خلال الفترة السابقة لمقاضاته من أجل إيقاف البناء وذلك بالنظر إلى الخبرتين المنجزتين على ذمة القضية واللتين أثبتا أن أشغال البناء والغرس ابتدأت منذ سنة 1991 وهي فترة سابقة لمقاضاة الطاعن من أجل إيقاف البناء، تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا وهو بمثابة انعدامه مما يعرضه للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبهذا صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد حسن منصف **رئيسا** والمستشارين السادة: مصطفى نعيم **مقررا**، وعبد الواحد جمالي الإدريسي ونادية الكاعم وعبد السلام بترروع **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد نور الدين الشطبي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة ابتسام الزواغي.

القرار عدد 272
الصادر بتاريخ 08 ماي 2018
في الملف المدني عدد 2016/1/1/5824

هبة – تقديم الواهب لمطلب تحفيظ العقار الموهوب – تعرض الموهوب له – أثره.

إن الجد في طلب الحوز قبل حصول المانع للمعطي يقوم مقام الحوز وتصح به العطية، ولما كانت المطلوبة قد تعرضت على مطلب التحفيظ الذي تقدم به موروث الطاعنين إبان حياته، مطالبة بكافة الملك أعلاه لنفسها باعتباره قد آل إليها منه بموجب عقد العطية، فإن العطية تبقى صحيحة.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، أنه بمقتضى مطلب تحفيظ قيد بالمحافظة العقارية بالحسيمة بتاريخ 2006/10/10 تحت عدد 24/10360، طلب (م.أ) تحفيظ الملك المسمى (...) الكائن بإقليم الحسيمة، والمحددة مساحته في 37 آرا و91 سنتيارا بصفته مالكا له حسب شهادة إدارية بالملك، فتعرضت على المطلب المذكور بتاريخ 2010/04/28 (كناش عدد ...) (ع.أ) مطالبة بكافة الملك المذكور لتملكها له حسب رسم العطية المؤرخ في 2004/01/09 من زوجها (م.أ) (طالب التحفيظ أعلاه). وبعد إحالة ملف المطلب على المحكمة الابتدائية بالحسيمة، وإجرائها خبرة بواسطة الخبير (م.غ)، أصدرت حكمها رقم 43 بتاريخ 2013/01/29 في الملف عدد 2013/01/29 بصحة التعرض المذكور. فاستأنفه ورثة طالب التحفيظ، وأيدته محكمة الاستئناف المذكورة بمقتضى

قرارها المطعون فيه بالنقض من الطاعنين أعلاه **في الوسيلة الفريدة** بعدم الارتكاز على أساس قانوني وانعدام التعليل وتناقضه الموازي لانعدامه وخرق القانون الداخلي، ذلك أن الحيازة شرط تمام في العطية التي تجري عليها أحكام التبرعات وليست شرط صحة، وهي تكون مهددة بالإسقاط إذ لم تحز قبل حصول المانع، ولا يعتد بالإقرار الصادر عن المتبرع أو بتحرير رسم العطية للقول بتحقق الحوز، وإنما لابد من معاينة الحوز والتحقق منه بالتطوف ومعاينة البينة للحوز والإشهاد به، وأن المحكمة لما جاء في تعليلها أن: "موروثهم قد أشهد على نفسه أنه قد أعطى لزوجه.. القطعتين الأرضيتين موضوع رسم العطية.. وصيرها ملكا لزوجته المذكورة وقبلتها منه وحازت القطعتين الموصوفتين بذكرها ووضعتهما تحت يدها وتصرفها..فإن ذلك ليس حيازة للعقار بمفهوم الراجح في الفقه المالكي، وأن موروثهم ظل يستغل القطعتين وتقدم بمطلب تحفيظهما في أواخر حياته والمطلوبة في النقض لم تحز العطية إبان حياته.

لكن، ردا على الوسيلة أعلاه، فإن الجد في طلب الحوز قبل حصول المانع للمعطي يقوم مقام الحوز وتصح به العطية، لقول الشيخ خليل عاطفا على ما تصح به العطية "..وصح أن قبض ليتروى أو جد فيه"، وأنه لما كانت المطلوبة قد تعرضت على مطلب التحفيظ أعلاه الذي تقدم به موروث الطاعنين إبان حياته مطالبة بكافة الملك أعلاه لنفسها باعتباره قد آل إليها منه بموجب عقد العطية المؤرخ في 2004/05/04، فإن العطية تبقى صحيحة وإجبارها لطالب التحفيظ إبان حياته وورثته من بعده لتمكينها منها تبقى مؤسسة لما جاء في المختصر "وحيز وإن بلا إذن وأجبر عليه"، وفي التحفة "وللمعنيين بالحوز تصح * وجبره مهما أبا متضح"، ولذلك فإن المحكمة حين عللت قرارها بأنه "..على فرض عدم حيازة المستأنف عليها للعطية، فإن من أعطى تلك العطية هو موروث المستأنفين وهو من تقدم بمطلب التحفيظ موضوع النازلة، وبالتالي فهو ملزم ومن بعده ورثته كذلك بتمكين المستأنف عليها من العطية، وليس لهم

الدفع بانعدام الحيازة، لأنهم مجبرون رضاء أو قضاء على تمكين المعطى لها من الحيازة". فإنه نتيجة لما ذكر كله كان القرار معللا تعليلا كافيا ومرتكزا على أساس قانوني وغير خارق للمقتضيات المحتج بها، والوسيلة بالتالي غير جديرة بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضت المحكمة برفض الطلب وتحميل أصحابه الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: محمد بلعياشي **رئيسا**. والمستشارين: محمد ناجي شعيب **مقررا**، ومحمد أسراج ومحمد بوزيان ومحمد شافي، **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد محمد فاكر. وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة بشرى راجي.

القرار عدد 392
الصادر بتاريخ 26 يونيو 2018
في الملف المدني عدد 2016/1/1/4075

نظام الملكية المشتركة – المرجع في تحديد الغرض المعدة له أجزاء العقار المفرزة والمشتركة.

لما كان المرجع في تحديد الغرض المعدة له أجزاء العقار المفرزة والمشتركة، وشروط استعمالها هو نظام الملكية المشتركة، فإن كل شرط في نظام الملكية المشتركة يفرض قيوداً على حقوق الملاك المشتركين في الأجزاء المفرزة لكل واحد منهم يعتبر باطلا، باستثناء ما يتعلق بتخصيص العقار المشترك وبخصوصياته وموقعه.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، أنه بتاريخ 2012/10/04 تقدم سنديك إقامة (...) بمقال افتتاحي أمام المحكمة الابتدائية بالدار البيضاء، عرض فيه أن مكتب سنديك (...) في إطار تسيير الأجزاء المشتركة للعمارة الكائنة بالعنوان أعلاه فوجئ بالمالك القديم (م.ق) يقوم بتفويت الشقة المعدة للاستعمال المهني بالطابق الثاني إلى المدعى عليهما (م.ج) و(ن.م)، اللذين قاما بإجراء تغييرات جذرية عليها مست أجزاء مشتركة من العمارة حسب محضر المعاينة، وهو ما يمنعه نظام الملكية المشتركة المؤرخ في 1995/02/14، ملتمسا لذلك الحكم عليهما بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها ألف درهم يوميا في حالة الامتناع، وأجاب المدعى عليهما بكونهما لم يحدثا أية تغييرات،

وبتاريخ 2013/02/01 تقدم (م.ص) ومن معه بمذكرة إصلاحية مع طلب مواصلتهم للدعوى بدلا من السنديك المذكور، وبعد إجرائها بحثا، أصدرت المحكمة حكمها رقم 2222 بتاريخ 2013/06/03 في الملف 12/2/8044 برفض الطلب، استأنفه المدعون وألغته محكمة الاستئناف المذكورة وقضت بإرجاع الحالة إلى ما كانت عليه تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها مائة درهم عن كل يوم امتناع عن التنفيذ بمقتضى قرارها المطعون فيه بالنقض من الطاعنين أعلاه **بوسيلتين اثنتين.**

فيما يخص الوسيلة الأولى:

حيث يعيب الطاعنان القرار فيها بخرق مقتضيات الفصل 1 من ق.م.م، ذلك أن المقال الافتتاحي للدعوى قدم من طرف سنديك إقامة (...) في شخص ممثلها القانوني، بينما رفع المقال الاستئنافي باسم (م.ص)، و(ل.ن)، و(ج.ه) الذين لا صفة لهم، لأنهم لم يكونوا ممثلين في الدعوى لا كمدعين ولا كمدعى عليهم.

لكن، ردا على الوسيلة أعلاه، فإنه يتجلى من مستندات الملف الابتدائي خاصة المذكرة الإصلاحية بعد البحث لمواصلة الدعوى المدلى بها لجلسة 2013/02/04 أن (م.ص)، و(ل.ن)، و(ج.ه) طلبوا مواصلة الدعوى في اسمهم طبقا لمقتضيات الفصل 117 من ق.م.م، والوسيلة بالتالي خلاف الواقع وهي بذلك غير مقبولة.

وفيما يخص الوسيلة الثانية:

حيث يعيب الطاعنان القرار فيها بنقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن التغييرات التي أحدثت بتحويل مسكنهما من (بلاطو) إلى شقة سكنية قد تمت قبل سنوات من شرائهما لمحل النزاع وكانت بعلم وموافقة المكتب المسير للإقامة حسب إشهادات صادرة عن السنديك السابق (س.ب) وبعض سكان الإقامة وأن الشكايات كانت كيدية فقط، فضلا على أن الأعمال الإصلاحية لا يمنعها قانون

الملكية المشتركة ولا قانون العمران لأنها لا تتسم بالخطورة ولا تمس بالأجزاء المشتركة، كما أن القانون الداخلي لا يوجد ضمن بنوده ما يمنع إجراء إصلاحات أو تحويل محلات معدة للاستعمال المهني إلى محلات للسكنى التي هي أقل إزعاجا وأريح لساكنة الإقامة من الأولى.

لكن، حيث إن المرجع في تحديد الغرض المعدة له أجزاء العقار المفرزة والمشتركة وشروط استعمالها هو نظام الملكية المشتركة، وأنه عملا بالمادة 9 من القانون رقم 18.00 المتعلق بنظام الملكية المشتركة للعقارات المبنية: "يعتبر باطلا كل شرط في نظام الملكية المشتركة يفرض قيوداً على حقوق الملاك المشتركين في الأجزاء المفرزة لكل واحد منهم باستثناء ما يتعلق بتخصيص العقار المشترك وبخصوصياته وموقعه، وأنه لما كان نظام الملكية المشتركة المتعلق بإقامة (...) خص الطابق الثاني لإقامة مكاتب فإنه لا مناص من هذا القيد، وأن ما أثاره الطاعنان من تحويل البلاطو إلى محل سكني سابق لشرائهما لم يسبق لهما إثارته أمام المحكمة المطعون في قرارها وهو غير مقبول، لذلك فإن المحكمة حين عللت قرارها بأن: "نظام الملكية المشتركة المدرج ضمن وثائق الملف يشير إلى أن الطابق الثاني مكون من الأجزاء المفرزة مكتبين يحمل الأول رقم 19 والثاني رقم 17 فضلا على الأجزاء غير المفرزة."، فإنه نتيجة لما ذكر كله كان القرار معللا تعليلا كافيا، والوسيلة بالتالي غير جديرة بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضت المحكمة برفض الطلب وتحميل أصحابه الصائر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقـــض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: محمد بلعياشي رئيس الغرفة **رئيسا**، والمستشارين: محمد ناجي شعيب **مقررا**، ومحمد طاهري جوطي ومحمد أسراج ومحمد بوزيان **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد محمد فاكر. وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة بشرى راجي.

القرار عدد 397
الصادر بتاريخ 26 يونيو 2018
في الملف المدني عدد 2017/3/1/1966

مهندس معماري – نطاق مسؤوليته.

يسأل المهندس المعماري عن متابعة تنفيذ أشغال البناء، ومراقبة مطابقتها مع التصاميم ورخصة البناء منذ الشروع فيها إلى إتمامها، وحصول تسليم رخصة السكن، وذلك تحت طائلة مسؤوليته العقدية بالنسبة لصاحب المشروع عما قد يحصل من إخلالات بإقامة البناء من طرف المقاول.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من محتويات الملف، والقرار المطعون فيه عدد 1126 الصادر عن محكمة الاستئناف بطنجة بتاريخ 2016/11/09 في الملفين المضمومين عدد 1201/16/376 وعدد 1201/16/377 أن المدعية (ج.أ) تقدمت بمقال أمام المحكمة الابتدائية بنفس المدينة، تعرض فيه أنها تملك العقار المسمى (...) موضوع الرسم العقاري عدد (...) الكائن بـــ (...) طنجة مساحته 131 مترا مربعا، وأرادت تشييد منزل فوقه، واتفقت مع المدعى عليه الأول (م.ب) بصفته مقاولا على تشييد هذا المنزل من سفلي وطابقين وسطح طبقا للمواصفات المضمنة في التصاميم الهندسية المرخص بها، كما اتفقت مع المدعى عليهما (م.ق) و(ب.ح) كل حسب تخصصه على إنجاز أعمالهما الفنية الهندسية بما في ذلك مراقبة وتتبع الأشغال وأنها لاحظت أن البناء المشيد من قبل المدعى عليه الأول لم يحترم التصميم الموافق للترخيص وأن المدعى عليهما الثاني والثالث أخلا بالمهام المسندة إليهما ولم يقوما بواجب المراقبة والتتبع وأن الخبرة المنجزة على البناء بواسطة

الخبير (ا.ر) خلصت إلى أن البناء لم يحترم فيه المقاول المدعى عليه التصاميم الموضوعة له كما لو كان بناء عشوائيا لا يحترم أية ضوابط، ملتمسة الحكم على المدعى عليهم تضامنا بينهم بأدائهم لها تعويضا عن الخسائر والأضرار التي تسببوا لها فيها لا تقل قيمته عن 500.000 درهم، والأمر تمهيديا بإجراء خبرة لمعاينة الأضرار والخسائر التي تكبدتها من جراء إخلال المدعى عليهم بالتزاماتهم، وأجاب المدعى عليه الأول بأنه لا يتحمل مسؤولية عدم احترام التصاميم المطابقة للترخيص بالبناء وأن الاتفاق بينه وبين المدعية التزم فيه بإحضار اليد العاملة وآلات البناء فقط وأنه عند الانتهاء من الأساسات تدخلت المدعية في أشغال البناء وأصرت على تغيير التصاميم المطابقة للترخيص ووقع خلاف بينهما على ذلك، واضطر أن ينسحب من الورش وأخبر بذلك المهندس المسؤول وأن المدعية التزمت بإحضار مواد البناء ولا دخل له في جودتها، طالبا رفض الطلب. وأجاب المدعى عليه الثاني بأن مسؤوليته منتفية في النازلة لانعدام وجود عقد يربطه بالمدعية ينص على تتبعه الأشغال طبقا للمادة 54 من قانون التعمير إذ توجب هذه المادة اتفاقا مكتوبا بين المهندس المعماري المعد للتصميم وبين صاحب المشروع طالبا إسناد المسؤولية لمن يجب وأجاب المدعى عليه الثالث بأن المدعية تقاضيه بسوء نية ذلك أن المدعى عليه الثاني هو الذي التجأ إليه بصفته مهندسا مختصا في الخرسانة والحديد وأنجز بحسب طلبه رسما هندسيا في نطاق اختصاصه مراعيا فيه المعايير الفنية والقانونية اللازمة في ميدان البناء والتعمير وأن المدعية هي من قامت بالتعديلات والتغييرات في التصميم الهندسي ولا يسأل عن عدم مطابقة البناء بحكم أنه مهندس مختص وليس مهندسا معماريا، ملتمسا القول بانتفاء مسؤوليته واحتياطيا إجراء بحث بحضور كافة الأطراف. وبعد الحكم بإجراء خبرة وإنجازها والتعقيب عليها، وتمام المناقشة، قضت المحكمة على المدعى عليه الأول (م.ب) بأدائه للمدعية تعويضا قدره 500.000 درهم ورفض باقي الطلبات. وهو الحكم الذي استأنفته المدعية مثيرة أنها طلبت الحكم على المدعى عليهم بأدائهم لها تعويضا عن الضرر الذي لحقها تضامنا بينهم وهو المقدر في مبلغ 500.000 درهم إضافة إلى تعويضها عن بقية الأضرار عن الهدم

وإعادة الإجراءات الإدارية والحصول على رخصة الهدم وإعادة البناء يقدر في مبلغ 10.000 درهم و لم تبت المحكمة في ذلك كما لم تبت في الطلبات المقدمة ضد المستأنف عليهما الثاني والثالث واكتفت برفض الطلب من دون أي تعليل والتمست تعديل الحكم المستأنف برفع التعويض المحكوم به إلى مبلغ 600.000 درهم، والحكم على المستأنف عليهما الثاني والثالث بأدائه تضامنا مع المدعى عليه الأول. كما استأنفه المحكوم عليه (م.ب) مثيرا أنه أجحف في حقه بأن حمله جميع المسؤولية دون أن يشرك معه فيها المدعى عليهما (م.ق) و(ب.ح) وأن مبلغ التعويض مبالغ فيه، ملتمسا أساسا إلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد برفض الطلب واحتياطيا إجراء خبرة. وبعد تقديم الأطراف لأجوبتهما وتمام المناقشة، قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف جزئيا فيما قضى به من رفض الطلب في مواجهة المستأنف عليهما (م.ق) و(ب.ح) والحكم من جديد عليهما بأداء التعويض المحكوم به بالتضامن مع المستأنف عليه (م.ب). وهذا هو القرار المطلوب نقضه.

في شأن الوسيلة الأولى:

حيث يعيب الطالب على القرار خرق القانون – الفصل 164 من ق.ل.ع – الذي يوجب النص في سند الالتزام على التضامن صراحة أو ينتج عن القانون أو عن طبيعة المعاملة، و لم تبين المحكمة أساس التضامن الذي حكمت به إذ كل واحد من الأطراف أنجز عمله وفقا للعقد الخاص به، مما يكون معه القرار غير معلل في هذا الصدد إذ أنه أنجز التصاميم الهندسية ويقع التزام البناء وفقها على المطلوبة بواسطة المقاول الذي تتعاقد معه وأن العقود تلزم أطرافها ولا يسري أثرها إلا عليهم.

لكن، حيث إن الفصل 164 من ق.ل.ع يقضي بأن التضامن بين المدينين لا يفترض ويلزم أن ينتج صراحة عن السند المنشئ للالتزام أو من القانون أو يكون النتيجة الحتمية لطبيعة المعاملة وهو ما يعني أن مصدر التضامن في الالتزامات بين المدينين إما أن يكون اتفاقيا ويجب أن ينص عليه صراحة أو

يكون قانونيا يرجع فيه إلى نصوص القانون في هذا الصدد، وينص الفصل 100 من نفس القانون على أنه يطبق الحكم المقرر في الفصل 99 إذا تعدد المسؤولون عن الضرر وتعذر تحديد فاعله الأصلي من بينهم أو تعذر تحديد النسبة التي ساهموا بها في الضرر ومن ثم فإن الالتزام الذي يتصف بالتضامن في نازلة الحال مصدره المسؤولية التقصيرية وليس العقد ولا يتصور التضامن بالعقد في مثل هذه المسؤولية إذ لا يربط بين الطالب والمقاول والمهندس المختص أي تعاقد إنما كلفوا بأعمال كل حسب اختصاصه نتجت عنها أضرار للمطلوبة صاحبة المشروع وتعذر تحديد النسبة التي ساهموا بها في الضرر والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بقضائها بالتضامن في أداء التعويض أصابت صحيح القانون، وما بالوسيلة على غير أساس.

فيما يخص الوسيلة الثانية:

حيث يعيب الطاعن على القرار انعدام الأساس القانوني وفساد التعليل، ذلك أن المطلوبة شرعت في البناء دون إشعاره ومن غير احترام للتصاميم والرخص وأن شرطي إشعاره بتاريخ فتح الورش قبل الموعد المقرر لبداية الأشغال بأسبوع وعدم إحداث أي تغيير في التصاميم إلا إذا كان بإذن من المهندس وموافقة السلطة المختصة واردان في العقد المبرم بينه وبين المطلوبة الذي هو شريعة الطرفين طبقا للفصل 230 من ق.ل.ع الذي يقضي بأن الالتزامات التعاقدية المنشأة على وجه صحيح تقوم مقام القانون بالنسبة لمنشئيها ولا يجوز إلغاؤها إلا برضاهما معا وكان على المحكمة إعمال العقد والأخذ ببنوده لكون التزامه بمراقبة البناء وتتبعه موقوفا على شرط إخباره بفتح الورش.

لكن، ردا على ما أثير فإنه وطبقا للمادة 1 من القانون رقم 89-016 المؤرخ في 1993/09/10 المتعلق بمزاولة مهنة الهندسة المعمارية، فإنه يعهد إلى المهندس المعماري بوضع المخطط العمراني للمباني وإعداد التصاميم والإشراف

على تنفيذها، كما أنه وطبقا للمادة 53 من قانون التعمير 90.12 المحددة لاختصاصات المهندس المعماري فإن من بين مهامه وضع تصميم البناء ومتابعة تنفيذ أشغال البناء ومراقبة مطابقتها للتصاميم الهندسية وبيانات رخصة البناء إلى إتمام البناء وتسليم رخصة السكن أو شهادة المطابقة وهو ما يتضح منه أن الطالب يسأل عن متابعة تنفيذ أشغال البناء ومراقبة مطابقتها مع التصاميم ورخصة البناء منذ الشروع فيها إلى إتمامها وحصول تسليم رخصة السكن، وذلك تحت طائلة مسؤوليته العقدية بالنسبة لصاحب المشروع عما قد يحصل من إخلالات بإقامة البناء من طرف المقاول، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه بتحميلها للطالب بالإضافة إلى المقاول والمهندس المختص المسؤولية طبقت صحيح القانون وما أثير في الوسيلة من عدم إشعاره ببدأ ورش البناء لم يسبق له أن أثاره أمام المحكمة، والوسيلة في ذلك غير مقبولة وفي الباقي على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد محمد بن يعيش **رئيسا** والمستشارين السادة: الحسين أبو الوفاء **مقررا**، ومصطفى بركاشة وأمينة زياد ويوسف لمكربي **أعضاء**، بحضور **المحامي العام** السيد سعيد زياد وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاتحة آيت عمي حدو.

الجزء الثاني

قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث

القرار عدد 49
الصادر بتاريخ 23 يناير 2018
في الملف الشرعي عدد 2016/1/2/788

عقد هبة – عقار مثقل برهن رسمي – ادعاء الواهب عدم قدرته على أداء الأقساط – أثره.

إن المحكمة لما ثبت لها من عقدي الهبة المتعلقين بكافة الملك موضوع الرسم العقاري أن الطاعن وهب للمطلوبة الملك المذكور الذي تملكه من شركة العمران، واعتبرته بذلك مالكا للمدعى فيه على الحالة التي هو عليها عملا بالمادة 275 من مدونة الحقوق العينية، ومحقا في التصرف فيه، ولم تعتبر ما تمسك به من الاعتصار، لاشتراطه في العقدين عدم رجوعه في الهبة، ولم تلتفت إلى ما أثاره من عدم حيازة المطلوبة للمدعى فيه، لكونها من جهة جدت في طلب الحوز لما قدمت دعواها من أجل إتمام إجراءات تسجيل عقدي الهبة في الرسم العقاري المذكور، ومن جهة أخرى يبقى حقها قائما في طلب تحويز الموهوب على الحالة التي هو عليها وقت عقد الهبة، مما يجعل ما أثاره بشأن عدم قدرته على أداء الأقساط غير مؤثر، ما دام الموهوب ينتقل بالحالة التي هو عليها كما ينقل العقار الموهوب بتكاليفه بما فيها الحق التبعي الناتج عن الرهن الرسمي المسجل عليه، وقضت بما جرى عليه منطوق قرارها، فإنها بذلك جعلت لما قضت به أساسا، وعللت قرارها بما فيه الكفاية.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه المشار إلى مراجعه أعلاه، أن المطلوبة (ص.م) تقدمت بتاريخ 12 ماي 2014 بمقال إلى المحكمة

الابتدائية بسيدي قاسم، عرضت فيه أن المدعى عليه (ع.ه) وهب لها بتاريخ 2006/09/15 نصف العقار رقم 398 الكائن بتجزئة مجعرة بجرف الملحة إقليم سيدي قاسم موضوع الرسم العقاري عدد (...) ملك المسمى (...)، كما وهب لها النصف الباقي من العقار المذكور بتاريخ 2009/03/17 حسب عقدي الهبة رفقته، وأنه يحاول تفويت هذا العقار إلى الغير بعد وقوع سوء تفاهم وخلاف بينهما. والتمست الحكم بإتمام إجراءات تسجيل عقدي الهبة بالرسم العقاري المذكور، وذلك بتحرير ملحق إصلاحي لعقدي الهبة يتضمن رقم الرسم العقاري المشار إليه، والقيام بكل ما يلزم من أجل نقل ملكية العقار المومأ إليه إليها تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 600 درهم عن كل يوم تأخير عن التنفيذ. وأجاب المدعى عليه بأنه تراجع عن عقدي الهبة المراد إتمام إجراءات التسجيل بخصوصها من خلال تصريح بالشرف موقع من طرفه يلغي من خلاله عقدي الهبة المؤرخين في 2006/09/15 و2009/03/17، وأوضح في مقال مضاد بأنه أقدم على فسخ هذين العقدين بعد ما أخلت المدعية بالشروط الأساسية التي على ضوئها تم إبرام العقدين المذكورين، والتمس في المقال الأصلي عدم قبول الدعوى شكلا، ورفضها موضوعا، وفي الطلب المضاد الحكم ببطلان عقدي الهبة المذكورين. فأصدرت المحكمة الابتدائية المذكورة حكما بتاريخ 2014/12/24 في الطلب الأصلي برفضه، وفي المقال المضاد ببطلان عقدي الهبة المؤرخين في 2006/09/15 المنصب على نصف العقار رقم 398 وتاريخ 2009/03/17 المنصب على النصف المتبقي من العقار الكائن بتجزئة المجاعرة إقليم سيدي قاسم موضوع الرسم العقاري عدد (...). فاستأنفته المدعية، فقضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف، وبعد التصدي أولا في الطلب الأصلي: الحكم على المستأنف عليه (ع.ه) بإتمام إجراءات تسجيل عقدي الهبة موضوع الوثيقتين العرفيتين المصادق على الإمضاء الوارد بهما بتاريخ 2006/09/15 و2009/03/17 بالرسم العقاري عدد (...) بإعداد ملحق لهما

متضمن رقم هذا الرسم العقاري للشيء الموهوب، وكل ما يلزم بنقل ملكية ذلك للطاعنة (ص.م) الموهوب لها تحت طائلة غرامة تهديدية قدرها 100 درهم عن كل يوم تأخير عن تنفيذ هذا القرار بعد صيرورته مبرما، وفي حالة النكول عن ذلك اعتبار هذا القرار بمثابة عقد تام الأركان والشروط في مواجهته، والإذن للمحافظ بتدوينه بالرسم العقاري المذكور، وفي الطلب المضاد برفضه. وهو القرار المطعون فيه بالنقض من طرف الطاعن بواسطة نائبه بمقال تضمن وسيلتين. أجابت عنه المطلوبة بواسطة دفاعها والتمست رفض الطلب.

وحيث يعيب الطاعن القرار في الوسيلتين للارتباط بخرق القانون وعدم الارتكاز على أساس ونقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن المحكمة خرقت المادة 277 من مدونة الحقوق العينية لما اعتبرته مالكا للعقار موضوع عقدي الهبة، مع أن الملكية هي لشركة العمران، وأنه مستفيد فقط وسيكون مالكا في المستقبل، وخرقت المادة 274 من نفس المدونة، لكون الحيازة الفعلية للملك الموهوب لم تكن للمدعية وإنما كانت له، وأنه لم يفرغ الملك الموهوب إلى غاية يومه، وخرقت المادة 278 من نفس المدونة التي تنص على أن الهبة لا تصح ممن كان الدين محيطا بماله، وأنه كان الدين محيطا بماله، لكونه كان مدينا بمبالغ مهمة للبنك، وأنه مجرد موظف بسيط متقاعد وأجرته بسيطة لا تتحمل أداء أقساط القرض، وخرقت المواد 283 و284 و285 من نفس المدونة التي تخول له الحق في الرجوع في الهبة، لكون الدين محيطا بماله، ولأن بذمته ديونا بنكية، ولأنه عاجز عن الإنفاق على نفسه وزوجته الثانية التي له منها ولد، وبذمته نفقة أبناء الزوجة الأولى المطلوبة، وأنه رغم عدم التنصيص على الاعتصار في عقدي الهبة، فإن شروطها متوفرة في هذه النازلة، وأن المحكمة لما اعتبرته غير محق في الرجوع في الهبة لعدم اشتراط ذلك في عقد الهبة، فقد خالفت الاتفاقية المكتوبة والموقعة التي لم تحترم بنودها المطلوبة، علما بأنه من القواعد المقررة أن من التزم بشيء لزمه، والتمس نقض القرار.

لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار لما ثبت لها من عقدي الهبة موضوع الوثيقتين العرفيتين المصادق على الإمضاء فيهما بتاريخ 2006/09/15 و2009/03/17 المتعلقتين بكافة الملك موضوع الرسم العقاري عدد 30/22761 أن الطاعن وهب للمطلوبة الملك المذكور الذي تملكه من شركة العمران، حسبما بالوثيقة الإدارية المؤرخة في 1997/04/23، واعتبرته بذلك مالكا للمدعى فيه على الحالة التي هو عليها، عملا بالمادة 275 من مدونة الحقوق العينية، ومحقا في التصرف فيه، ولم تعتبر ما تمسك به من الاعتصار، لاشتراطه في العقدين عدم رجوعه في الهبة، ولم تلتفت إلى ما آثاره من عدم حيازة المطلوبة للمدعى فيه، لكونها من جهة جدت في طلب الحوز لما قدمت دعواها من أجل إتمام إجراءات تسجيل عقدي الهبة في الرسم العقاري المذكور، وهو كالحوز، لقول خليل "وصح إن قبض ليتروى أوجد فيه"، ولكونها من جهة أخرى يبقى حقها قائما في طلب تحويز الموهوب على الحالة التي هو عليها وقت عقد الهبة، مما يجعل ما آثاره بشأن عدم قدرته على أداء الأقساط غير مؤثر، ما دام الموهوب ينتقل بالحالة التي هو عليها كما ينقل العقار الموهوب بتكاليفه بما فيها الحق التبعي الناتج عن الرهن الرسمي المسجل عليه، وقضت بما جرى عليه منطوق قرارها، فإنها بذلك جعلت لما قضت به أساسا، وعللت قرارها بما فيه الكفاية، ولم تخرق المواد المحتج بها، وما بالوسيلتين على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد رئيس الغرفة إبراهيم بحماني **رئيسا** والسادة المستشارين: عمر لمين **مقررا** ومحمد عصبة والمصطفى بوسلامة وعبد الغني العيدر **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد محمد الفلاحي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاطمة أوبهوش.

القرار عدد 95
الصادر بتاريخ 13فبراير 2018
في الملف الشرعي عدد 2016/1/2/367

عقد هبة – التبرع بالرقبة والاحتفاظ بالثمار – تسجيل العقد بالرسم العقاري قيد حياة الواهب – أثره.

إن المحكمة لما ثبت لها أن عقد الهبة قد تم تسجيله بالرسم العقاري، قبل وفاة الواهبة، واعتبرت الهبة صحيحة بتحقق حيازتها القانونية وفق المعمول به فقها أنه يجوز للواهب التبرع بالرقبة والاحتفاظ لنفسه بالثمار، يكون قرارها مؤسسا ومعللا تعليلا كافيا.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه رقم 658 الصادر بتاريخ 2015/12/08 عن محكمة الاستئناف بأكادير، في الملف عدد 14/175، أن المدعين ورثة (ه.م) المذكورة أسماؤهم بالمقال، تقدموا بمقالين افتتاحي وإصلاحي مؤرخين على التوالي في 1990/01/10 وفي 1990/09/10، عرضوا فيهما بأن مورثتهم المذكورة سبق لها بمقتضى عقد توثيقي بتاريخ 1979/03/23، أن وهبت للطاعنة جانين (ب) مجموع الحقوق التي تملكها، أي النصف والربع في الملك المسمى "العلام" موضوع الرسم العقاري عدد (...)، الكائن بآيت ملول مساحته 140 مترا مربعا مع الأبنية المشيدة عليه، وأنه ورد في هذا العقد شرط ينص على أن الواهبة تحتفظ إلى غاية وفاتها بحق الاستعمال والانتفاع بالشيء

الموهوب، أي الحيازة إلى أن توفيت بتاريخ 1989/08/06، وأن القواعد الفقهية تقضي بأن عقد الهبة غير المقرون بالحيازة إلى حين وفاة الواهب يبطل العقد من أساسه، ملتمسين الحكم بإبطال العقد المذكور والتشطيب عليه من الرسم العقاري عدد (...)، وأجابت الطاعنة بأن المقال لم يبين الحالة التي تستوجب الإبطال من الحالات المنصوص عليها في الفصول 4-39-55-56 من قانون الالتزامات والعقود، وأن الحيازة المادية والقانونية انتقلت إليها بتقييد عقد الهبة بالرسم العقاري، والتمست رد الدعوى. وبعد انتهاء الإجراءات قضت المحكمة الابتدائية بتاريخ 1991/01/14 في الملف عدد 1990/4 برفض الطلب، فاستأنفه المدعون. وبعد جواب المستأنف عليها، قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف، فنقضه المجلس الأعلى بقراره رقم 1041، الصادر بتاريخ 1999/11/09، في الملف عدد 92/6334، بعلة أن عقد الهبة المذكور يعتبر باطلا لتنصيصه على اعتبار الواهبة للعقار الموهوب وانتفاعها به إلى حين وفاتها، وأن تسجيله بالرسم العقاري عدد (...)، لا يجعله صحيحا، مما يستوجب نقضه، وبعد الإحالة قضت محكمة الاستئناف بتاريخ 2001/04/13 بإبطال عقد الهبة المؤرخ في 1979/03/23 والتشطيب عليه من الرسم العقاري عدد (...)، فتعرضت عليه الطاعنة، وبعد جواب المتعرض ضدهم، وانتهاء الردود قضت محكمة الاستئناف برفض التعرض، طعنت فيه المتعرضة بالنقض، وبعد انتهاء الإجراءات قضت محكمة النقض بتاريخ 2014/06/24 في الملف عدد 2013/1/2/496 بالنقض والإحالة على نفس المحكمة، بعلة أن المادة 274 من مدونة الحقوق العينية تنص على أن التقييد بالسجلات العقارية يغني عن الحيازة الفعلية للملك الموهوب وعن إخلائه من طرف الواهب إذا كان العقار محفظا أو في طور التحفيظ، والطاعنة أثبتت بأنها سجلت عقد الهبة بالرسم العقاري عدد (...) بتاريخ 1979/05/24، وتحققت بذلك حيازة هبة الرقبة حيازة قانونية، أي قبل وفاة الواهبة بتاريخ 1986/08/06، وأن بقاء الواهبة مستعملة ومستغلة للشيء الموهوب طيلة حياتها إلى أن تموت، لا ينال من صحة الهبة وقانونيتها، ما دامت الحيازة

القانونية بيد الطاعنة الموهوب لها، وبعد انقضاء الانتفاع بوفاة الواهبة وتسجيل ذلك بالرسم العقاري، أصبحت الموهوب لها حائزة لجميع الموهوب، والمحكمة لما قضت بإبطالها لانعدام الحيازة، تكون قد أساءت تطبيق مقتضيات المادة 274 من مدونة الحقوق العينية، واجتهاد المجلس الأعلى سابقا، بجميع غرفه في قراره رقم 555 الصادر بتاريخ 2003/12/08، وعرضت بذلك قرارها للنقض. وبعد الإحالة على نفس المحكمة وتبادل الردود، أصدرت قرارها بإلغاء القرار الاستئنافي المتعرض عليه رقم 1178 في الملف عدد 2000/109، الصادر بتاريخ 2001/04/13، وبعد التصدي الحكم بتأييد الحكم المستأنف، وهذا هو القرار المطعون فيه بالنقض بمقال تضمن وسيلة واحدة أجابت عنها المطلوبة بواسطة محاميها الذي التمس رفض الطلب.

حيث يعيب الطالبون القرار في الوسيلة الوحيدة بخرق القانون والقواعد الجوهرية للمسطرة وانعدام التعليل، ذلك أنهم أثاروا أمام محكمة الاستئناف، بأن النزاع سبق عرضه على المجلس الأعلى الذي نقض القرار الاستئنافي المؤيد للحكم الابتدائي القاضي برفض الدعوى بعلة أن الحيازة في عقود التبرع ومنها الهبة شرط أساسي لصحتها، وعقد الهبة المؤرخ في 1979/03/23، نص على أن الواهبة تحتفظ بحق الاستعمال والانتفاع بالعقار الموهوب إلى حين وفاتها، وبذلك فإن المطلوبة لم تحز العقار الموهوب لها حيازة مادية إلى حين وفاة الواهبة بتاريخ 1989/08/06، أي بعد حصول المانع، مما يجعل عقد الهبة باطلا، وأنه بعد الإحالة على نفس المحكمة، أصدرت هذه الأخيرة قرارا غيابيا لعدم حضور المستأنف عليها بإلغاء الحكم المستأنف والحكم بإبطال عقد الهبة والتشطيب عليه من الرسم العقاري. طعنت فيه المستأنف عليها بالتعرض الذي قضت محكمة الاستئناف برفضه، فطعنت فيه المتعرضة بالنقض. وبتاريخ 2014/06/24 صدر قرار بالنقض والإحالة بعلة أن تسجيل الهبة بالرسم العقاري يغني عن الحيازة طبقا للمادة 274 من مدونة الحقوق العينية، وبناء عليه دفع الطالبون بأن المحكمة أصبحت أمام موقفين متناقضين تسترجع فيه سلطتها في تطبيق ما تراه مناسبا، ملاحظين بأنه لا محل لتطبيق مدونة الحقوق العينية التي لم تصدر إلا والنزاع

معروض على محكمة الاستئناف بعد النقض الأول، والقانون لا يطبق بأثر رجعي بنص الدستور، كما أنه لو تم التسجيل بالرسم العقاري فإن العبرة ليست بالتسجيل فقط، وإنما بمضمون ما تم تسجيله، إذ أن العقد تضمن منع الموهوب لها حتى من الحقوق الناتجة عن حق الملكية كبيع العقار طيلة حيازة الواهبة، **مما** يبقى معه ما سجل بالرسم العقاري لا يعتبر عقد هبة، وإنما وعد بالهبة وهو عقد باطل، وقد يعتبر وصية التي لاحق للموهوب لها فيها لأنها وارثة ولا وصية لوارث، والمحكمة لما لم ترد على هذه الدفوع، فقد جاء قرارها خارقا لحقوق الدفاع ومنعدم التعليل، مما يعرضه للنقض.

لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه تقيدا بقرار محكمة النقض لما ثبت لها أن عقد الهبة، المؤرخ في 1979/03/23 الذي بمقتضاه وهبت المرحومة مزوق هنية قيد حياتها لبنتها جنين (ب) مجموع الحقوق التي تملكها في العقار ذي الرسم العقاري عدد (...) قد تم تسجيله بتاريخ 1979/05/24 بالرسم العقاري المذكور، أي قبل وفاة الواهبة بتاريخ 1986/08/06، واعتبرت الهبة صحيحة بتحقق حيازتها القانونية وفق المعمول به فقها أنه يجوز للواهب التبرع بالرقبة والاحتفاظ لنفسه بالثمار كما هو منصوص عليه في مؤلف البهجة على شرح التحفة عند قوله: ومن صح قبضه وما قبض *** معطاه مطلقا لتفويض عرض، حيث أورد أنه إذا وهب شخص أرضا أو دارا واستثنى غلة ذلك لسنين إلا أنه حوزه الرقبة ثم مات الواهب، فإن الهبة لا تبطل وهي قاعدة فقهية بمثابة قانون، فجاء بذلك قرارها مؤسسا ومعللا. وكان ما بالنعي دون أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد بترهة **رئيسا** والسادة المستشارين: محمد عصبة **مقررا** وعمر لمين والمصطفى بوسلامة وعبد الغني العيدر **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد محمد الفلاحي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاطمة أوبهوش.

القرار عدد 128
الصادر بتاريخ 27 فبراير 2018
في الملف الشرعي عدد 2017/1/2/433

نفقة – الحكم باقتطاعها من المنبع دون قيد أو شرط.

إن المحكمة لما ألغت الحكم الابتدائي القاضي باقتطاع المبالغ المحكوم بها من المنبع باعتبار أن هذا الإجراء لا يكون إلا عند تقاعس المحكوم عليه عن الأداء، والحال أن المادة المذكورة خولت المستفيد من الحكم اقتطاع النفقة من المنبع دون قيد أو شرط لما للنفقة من طابع معيشي واجتماعي، فإنها أساءت تطبيق المادة المذكورة، وعللت قرارها تعليلا فاسدا.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه رقم 2016/1220 الصادر بتاريخ 2016/12/06، عن محكمة الاستئناف بفاس، في الملف عدد 2016/1622/810، أن المدعي (م.ك) تقدم بتاريخ 2015/05/15، أمام المحكمة الابتدائية بصفرو، بمقال عرض فيه بأن المدعى عليها (إ.أ) زوجته بمقتضى عقد، وأنجب معها الابن عبد العزيز المزداد بتاريخ 2004/03/14، وبما أن العلاقة الزوجية قد ساءت بينهما، فإنه يلتمس الحكم بتطليقها منه للشقاق، وبعد إجراء محاولة صلح بين الزوجين وتشبث المدعي بطلب التطليق وتصريح المدعى عليها بأن أسباب التطليق غير مؤسسة، وإثبات تعذر الصلح تقدمت المدعى عليها بطلب عارض وإدخال الخازن العام في الدعوى، التمست فيه اقتطاع ما

ستحكم به المحكمة من نفقة وأجرة سكن لفائدة ابنها من أجر المدعى عليه، كما التمست الحكم لابنها بتوسعة الأعياد بحسب 3000 درهم تقتطع من أجر المدعي مباشرة على رأس كل سنة مع تحويل المبالغ المقتطعة إلى حساب المدعية فرعيا. وبعد انتهاء الإجراءات، قضت المحكمة بتاريخ 2016/03/16 بتطليق المدعى عليها من المدعي طلقة ثانية بائنة للشقاق، وبتمكينها من سحب مستحقاتها المودعة بصندوق المحكمة والمفصلة كالتالي: عن المتعة مبلغ 22.000 درهم، وعن سكنى المطلقة خلال العدة 3000 درهم، وعن نفقة الابن 1800 درهم، وبإسناد حضانة الابن عبد العزيز لوالدته مع إلزام المدعي بأدائه لها مستحقات الابن كالتالي: عن النفقة مبلغ 600 درهم، وعن أجرة السكنى 700 درهم، وعن أجرة الحضانة مبلغ 200 درهم، والكل شهريا ابتداء من تاريخ انتهاء العدة وعلى المدعى عليها بتمكين المدعي من صلة الرحم بابنه. وفي الطلب العارض، بأداء المدعي للمدعية فرعيا توسعة الأعياد الخاصة بالابن بحسب 1000 درهم سنويا ابتداء من 2015/10/07، وبأمر الخازن العام للمملكة باقتطاع مستحقاته البالغة في مجموعها 1500 درهم شهريا، إضافة إلى مبلغ 1000 درهم سنويا من أجر المدعي مع تحويلها للحساب البنكي المفتوح لدى البنك الشعبي وكالة البهاليل في اسم المدعية، فاستأنفه المدعي استئنافا أصليا، كما استأنفته المدعى عليها استئنافا فرعيا، وبعد انتهاء الردود، قضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من اقتطاع مستحقات الابن عبد العزيز من أجر المدعى عليه والحكم برفض الطلب المذكور، وبتأييد الحكم المستأنف في باقي مقتضياته مع تعديله فيما قضى به من أجرة الحضانة، وتخفيضها إلى 100 درهم وفيما قضى به بخصوص واجب سكنه وتخفيضه إلى 500 درهم. بقرارها المطعون فيه بالنقض بمقال لم يجب عنه المطلوب رغم تسجيل نيابة الأستاذين (ع.ا) و(ع.س).

وحيث تعيب الطالبة القرار في الوسيلة الأولى بانعدام التعليل، ذلك أنها أثارت في المرحلة الاستئنافية بكون المستأنف لم يدخل الخازن العام في مقاله

الاستئنافي رغم كونه طرفا في التراع بمقتضى المقال المعارض وإدخال الغير في الدعوى إلا أن المحكمة لم تجب على الدفع المذكور رغم جديته، مما يعرض القرار للنقض.

لكن، حيث إن الدفع المذكور يخص الخازن العام ولا يمكن للطاعنة التمسك به، مما يبقى معه ما بالوسيلة غير جدير بالاعتبار.

وحيث تعيب الطالبة القرار في الوسيلة الثانية بعدم الارتكاز على أساس قانوني والخرق الجوهري للقانون، ذلك أن القرار المطعون فيه لم يحترم المادة 189 من مدونة الأسرة، لما خفض من مستحقات الطفل دون أن تبين المعايير المعتمدة، ورغم أن المطلوب ميسور الحال بالنظر إلى دخله الشهري وما له من عقارات، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لم تجب على ما أثير من دفوع بهذا الخصوص مكتفية بالقول بأن المبالغ المحكوم بها مبالغ فيها، ولو أجرت بحثا بخصوص المدلى به، لقضت بالرفع من المستحقات المحكوم بها بدل التخفيض منها، مما يجعل القرار ناقص التعليل المترل مترلة انعدامه ومعرضا للنقض.

لكن، حيث إنه خلافا لما ورد بالنعي أعلاه، فإن المحكمة في إطار سلطتها التقديرية في تحديد مستحقات الأطفال المترتبة عن إنهاء العلاقة الزوجية لما ثبت لها أن دخل المطلوب الشهري محدد في مبلغ 8303,23 دراهم حسب شهادة الأجر المرفقة وله تحمل عائلي باعتباره المتكفل بأخته حسب الموجب العدلي المدلى به ومراعاة التوسط وحال مستحق النفقة ومستوى الأسعار، فإنها خفضت من مستحقات الطفل إلى القدر الوارد بمنطوق قرارها، مما يجعل القرار مرتكزا على أساس وما بالوسيلة غير مؤسس.

وحيث تعيب الطالبة القرار في الوسيلة الثالثة بسوء تطبيق المادة 191 من مدونة الأسرة، ذلك أن المحكمة مصدرته رفضت الطلب الخاص بالاقتطاع من منبع الريع دون تعليل، مع أن المادة 191 المذكورة نصت على أنه يمكن

للمحكمة تحديد وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه أو اقتطاعها من منبع الريع أو الأجر الذي يتقاضاه، وأن هذه المادة ترمي إلى حماية الطابع المعيشي للنفقة وما تتطلبه من استعجال ولتوفير الضمانات الكفيلة بأدائها، وأن المادة المذكورة لا تستوجب الإدلاء بأي وثيقة تثبت عدم أداء النفقة، مما يجعل القرار المطعون فيه قد طبق المادة 191 المشار إليها تطبيقا خاطئا، مما يعرضه للنقض.

حيث صح ما عابته الوسيلة على القرار، ذلك أنه بنص المادة 191 من مدونة الأسرة، "فإن المحكمة تحدد وسائل تنفيذ الحكم بالنفقة وتكاليف السكن على أموال المحكوم عليه أو اقتطاع النفقة من منبع الريع أو الأجر الذي يتقاضاه..". والمحكمة لما ألغت الحكم الابتدائي القاضي باقتطاع المبالغ المحكوم بها من المنبع باعتبار أن هذا الإجراء لا يكون إلا عند تقاعس المحكوم عليه عن الأداء، والحال أن المادة المذكورة خولت المستفيد من الحكم اقتطاع النفقة من المنبع دون قيد أو شرط لما للنفقة من طابع معيشي واجتماعي، فإنها أساءت تطبيق المادة المذكورة، وعللت قرارها تعليلا فاسدا، مما يعرضه للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد بترهة **رئيسا** والسادة المستشارين: محمد عصبة **مقررا** وعمر لمين والمصطفى بوسلامة وعبد الغني العيدر **أعضاء**. وبمحضر **المحامي العام** السيد محمد الفلاحي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاطمة أوبهوش.

القرار عدد 196
الصادر بتاريخ 27مارس 2018
في الملف الشرعي عدد 2016/1/2/660

اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل

– عدم اشتراط وجود رابطة شرعية بين الوالدين والطفل.

بمقتضى المواد 3 و12 و14 من اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل المؤرخة في 25 أكتوبر 1980 والتي صادقت عليها المملكة المغربية بظهير 02 غشت 2011 ونشرت بالجريدة الرسمية عدد 6026 بتاريخ 01 مارس 2012، فإن قانون الدولة التي كان الطفل يقيم بها بصفة اعتيادية قبل نقله هو الأولى بالتطبيق، وأن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها طبقا للفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود. والمحكمة لما تبث لها أن الولدين نقلا من مكان إقامتهما الأصلي بإيطاليا إلى المغرب، مما يعد مخالفة لمقتضيات الاتفاقية المذكورة التي لا تشترط وجود رابطة شرعية بين الوالدين والطفل وقضت بإرجاعهما للمطلوب، فإنها طبقت القانون وعللت قرارها تعليلا سليما.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه رقم 1298 الصادر عن محكمة الاستئناف بمراكش بتاريخ 28 مارس 2016 في الملف عدد

2015/1221/5278، أن المدعي (ر.ه)- إيطالي الجنسية- قدم مقالا إلى رئيس المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 29 يونيو 2015، عرض فيه أن المدعى عليها (م.ع) أم لإبنيه (ا.ه) المزداد بتاريخ 2016/11/16 و(ز.ه) المزداد بتاريخ 2008/08/04 بفيرونا بإيطاليا. وأنه اعتمادا على خبرة قضائية اتضح أنها غير أهل لتربيتهما، فتقرر تركهما مع والدهما ومنح والدهما حق الزيارة إلا أنها أخفتهما عن الأنظار ولم ترجعهما إليه والتمس: عملا باتفاقية لاهاي لسنة 1980 الترخيص له بنقل الولدين المذكورين إلى مكان سكناهما الاعتيادي بإيطاليا. وأجابت المدعى عليها بأن المدعي لا صفة له في الدعوى وأن العلاقة الزوجية بينهما غير قائمة وأن الطفلين نتجا عن علاقة غير شرعية، وأنهما قضيا طفولتهما بألمانيا ويحملان جواز سفر دولة ألمانيا، وأن المدعي يعتنق المسيحية ولا يمكنه حضانة أبناء أمهم مسلمة، والتمست: رفض الدعوى وأجرت المحكمة بحثا، ثم أصدرت حكمها بتاريخ 16 أكتوبر 2015 بعدم الاختصاص. فاستأنفه المدعي. وألغته محكمة الاستئناف وتصدت وقضت على المستأنف عليها بإعادة الطفلين (إ.ه) و(ز.ه) إلى مكان سكناهما الاعتيادي بإيطاليا. وهو القرار المطعون فيه بالنقض بمقال تضمن خمسة أسباب لم يجب عنه المطلوب وقد وجه إليه التبليغ.

حيث تعيب الطاعنة القرار في السبب الأول بالبت أكثر مما طلب، ذلك أن المحكمة مصدرته طلب منها في المقال الافتتاحي الإذن بنقل الطفلين، بينما هي قضت بإعادة الطفلين إلى مكان سكناهما، وأن الحالة الأولى تعطي الإذن للمطلوب بعملية الإعادة، بينما الثانية تجعل الطاعنة ملزمة بإعادة الطفلين وليس الغير، وهذا لم يطلب من المحكمة والتمست نقض القرار.

لكن، حيث إنه خلافا لما جاء في السبب، فالمقال الافتتاحي لا يتضمن كلمة الإذن بنقل الطفلين، وأن المحكمة عندما استعملت كلمة إعادة الطفلين بتت طبقا لاتفاقية لاهاي 1980. وتبقى الوسيلة غير جديرة بالاعتبار.

وتعيب الطاعنة القرار في الأسباب الأربع مجتمعة للارتباط بنقصان التعليل، ذلك أن المحكمة مصدرته اعتمدت صفة الأبوة في طلب استرجاع المطلوب لابنيه، وهذا يمس بموضوع النزاع ويوجب القضاء بعدم الاختصاص، كما أن المطلوب يدين بغير الإسلام وفي هذا مساس بالنظام العام المغربي وأنه لا وجود لأي حكم أجنبي باستحقاق المطلوب للحضانة وعليه إثبات تذييله بالصيغة التنفيذية وأن بلد الإقامة للطاعنة قبل انتقالها للمغرب هي ألمانيا وليس إيطاليا والولدان كانا يدرسان هناك بموافقة المطلوب، وتطبيق اتفاقية لاهاي يمس بالنظام العام المغربي، وأن المادة 14 منها أوجبت على المحكمة الأخذ بعين الاعتبار قانون الدولة التي يقيم بها الطفل ومصلحة الطفلين لم تراع عند اتخاذ القرار.

لكن، حيث إنه بمقتضى المواد 3 و12 و14 من اتفاقية لاهاي الخاصة بالجوانب المدنية للاختطاف الدولي للطفل المؤرخة في 25 أكتوبر 1980 والتي صادقت عليها المملكة المغربية بظهير 02 غشت 2011 ونشرت بالجريدة الرسمية عدد 6026 بتاريخ 01 مارس 2012، فإن قانون الدولة التي كان الطفل يقيم بها بصفة اعتيادية قبل نقله هو الأولى بالتطبيق، وأن الأحكام الصادرة عن المحاكم الأجنبية يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها طبقا للفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود. والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما تبث لها من أوراق الملف وترجمة الحكم الصادر عن محكمة كولونيا بتاريخ 2015/04/09 بألمانيا أن الولدين نقلا من مكان إقامتهما الأصلي بإيطاليا إلى المغرب، مما يعد مخالفة لمقتضيات الاتفاقية المذكورة التي لا تشترط وجود رابطة شرعية بين الوالدين والطفل وقضت بإرجاعهما للمطلوب، فإنها طبقت القانون وعللت قرارها تعليلا سليما ويبقى ما أثير غير جدير بالاعتبار.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المـــذكور أعـــلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد بترهة **رئيسا** والسادة المستشارين: المصطفى بوســـلامة **مقـــررا** ومحمد عصبة وعمر لمين وعبد الغني العيدر **أعضاء**. وبمحضر **المحامي العام** السيد محمد الفلاحي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاطمة أوبهوش.

القرار عدد 267
الصادر بتاريخ 08 ماي 2018
في الملف الشرعي عدد 2017/1/2/2

ممارسة الاختيار المخول للأب في المادة 168 من مدونة الأسرة – شروط إعماله.

إن ممارسة الاختيار المخول للأب في المادة 168 من مدونة الأسرة لا يصار إليه إلا بالنسبة للمحضون بعد إنهاء العلاقة الزوجية. أما وأن المطلوب والطاعنة ما يزالان على علاقة زوجية، فالمكان القانوني والطبيعي لاستقرار الأسرة كلها هو بيت الزوجية. والمحكمة لما قضت برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية الكائن عنوانه بمنطوق قرارها والذي اختارته الطاعنة بيتا لزوجها المطلوب بمقالها الافتتاحي، وهو مقر ولادته حسبما برسم المراجعة، فإنها لم تكن في حاجة إلى البحث عن وجوده، وجعلت لما قضت به أساسا.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه المشار إلى مراجعه أعلاه، أن الطاعنة (ن.ز) تقدمت بتاريخ 2014/02/03 بمقال إلى المحكمة الابتدائية بفاس عرضت فيه أن المدعى عليه (ح.خ) زوجها، وأن لها منه ثلاثة أولاد: هدى المولودة في 1998/05/25، وعثمان في 2002/11/22 ومحمد في 2004/08/16، وأنه أمسك عن الإنفاق عليها وعلى أبنائها منه المذكورين منذ 2011/05/25، والتمست الحكم عليه بأدائه لها نفقتها ونفقة أبنائها منه المذكورين بحسب 1500

درهم شهريا لكل واحد منهم من تاريخ الإمساك 2011/05/25. وأجاب المدعى عليه في مذكرة مع مقال مضاد بأن المدة التي تطلب المدعية النفقة عنها سبق أن صدر حكم رقم 508 بتاريخ 2012/06/26 بشأنها، وأنه أدى اليمين بجلسة 2012/03/28، بأنه كان ينفق على المدعية والأبناء إلى غاية 2012/02/18، وأنه لا زال ينفق على المدعية وأبنائه إلى تاريخ يومه. وأوضح بأن المدعية طردته من بين الزوجية، وأنه يقيم حاليا بعنوانه بمقال المدعية، والتمس أساسا رفض الدعوى لسبقية البت، واحتياطيا إجراء بحث، وفي المقال المضاد الحكم على المدعى عليها فيه بالرجوع إلى بيت الزوجية الكائن بدوار الريحانة بوردود جماعة الزريز إقليم تاونات. فأصدرت المحكمة الابتدائية المذكورة بتاريخ 2014/07/02 حكما بعدم قبول الطلب الأصلي والمضاد. فاستأنفه الطرفان المدعية أصليا والمدعى عليه فرعيا. فقضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد على المستأنف عليه الأصلي بأداء نفقة زوجته وأولاده: هدى وعثمان ومحمد بحسب 300 درهم للأولى و250 درهما لكل واحد من الأبناء، والكل شهريا ابتداء من 2012/02/19 إلى حين سقوط الفرض شرعا والحكم على الزوجة المستأنف عليها فرعيا بالرجوع إلى بيت الزوجية الذي أعده الزوج بعنوانه أعلاه مع أبنائها القاصرين. وهو القرار المطعون فيه بالنقض بمقال من طرف الطاعنة بواسطة نائبها بمقال تضمن وسيلة وحيدة لم يجب عنه المطلوب وقد وجه الإعلام إليه.

وحيث تعيب الطاعنة القرار بتحريف مقتضيات المادة 168 من مدونة الأسرة، ذلك أن هذه المادة أوجبت على الأب أن يهيئ لأولاده محلا لسكناهم، أو أن يؤدي المبلغ الذي تقدره المحكمة لكرائه، وأن المحكمة في قرارها المطعون فيه جانبت الصواب لما قضت عليها بالرجوع إلى بيت الزوجية الذي أعده الزوج بعنوانه أعلاه مع أبنائهما القاصرين دون أن تتأكد من وجود هذا البيت الذي يزعم الزوج أنه أعده لها ولأبنائه بالعنوان الوارد في المقال الافتتاحي، مع أن العنوان ليس دليلا لإثبات التوفر عليه والتمست نقض القرار.

لكن، حيث إن ممارسة الاختيار المخول للأب في المادة 168 من مدونة الأسرة لا يصار إليه إلا بالنسبة للمحضون بعد إنهاء العلاقة الزوجية. أما وأن المطلوب والطاعنة ما يزالان على علاقة زوجية، فالمكان القانوني والطبيعي لاستقرار الأسرة كلها هو بيت الزوجية. والمحكمة مصدرة القرار لما قضت برجوع الزوجة إلى بيت الزوجية الكائن عنوانه بمنطوق قرارها والذي اختارته الطاعنة بيتا لزوجها المطلوب بمقالها الافتتاحي، وهو مقر ولادته حسبما برسم المراجعة المومأ إلى مراجعه أعلاه، ولم تكن في حاجة إلى البحث عن وجوده ما دام موجودا وفق ما ذكر، فإنها جعلت لما قضت به أساسا، ولم تخرق المادة المحتج بها، وما بالوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد بترهة **رئيسا** والسادة المستشارين: عمر لمين **مقررا** ومحمد عصبة والمصطفى بوسلامة وعبد الغني العيدر **أعضاء**. وبمحضر **المحامي العام** السيد محمد الفلاحي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاطمة أوبهوش.

القرار عدد 275
الصادر بتاريخ 08 ماي 2018
في الملف الشرعي عدد 2016/1/2/885

قسمة – عقار خاضع لظهير 29 دجنبر 1972 – عدم قابليته للقسمة.

بمقتضى الفصل 14 من الظهير الشريف رقم 1.72.277 بتاريخ 29 دجنبر 1972 بمثابة قانون يتعلق بمنح بعض الفلاحين أراضي فلاحية أو قابلة للفلاحة من ملك الدولة الخاص، فإن القطع الموزعة بموجب هذا الظهير تكون غير قابلة للقسمة والتفويت ما عدا إذا كان ذلك لفائدة الدولة، كما أنها غير قابلة للحجز. وتعتبر العقود المبرمة خلافا لهذه المقتضيات باطلة. ولما كان الثابت من الشهادة المرفقة بالمقال الافتتاحي للدعوى الصادرة عن وزارة الفلاحة والتنمية القروية والصيد البحري أن القطعة المدعى فيها خاضعة للظهير أعلاه، فإن المحكمة لما أيدت الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض طلب إنهاء حالة الشياع في القطعة المدعى فيها تطبيقا لمقتضيات الفصل أعلاه طالما أن عدم القابلية للقسمة والتفويت المنصوص عليه في الظهير أعلاه جاء عاما دون تخصيص، فإنها جعلت لما قضت به أساسا وعللت قرارها تعليلا كافيا.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، والقرار المطعون فيه أعلاه، أن الطالبة (ح.ل) تقدمت بمقالين افتتاحي بتاريخ 2010/04/14 وآخر إصلاحي بتاريخ 2011/06/10 سجلا بالمحكمة الابتدائية بمكناس في مواجهة المدعى عليهما ميمونة

و(م.ل) (المطلوبين)، عرضت فيهما أن والدها المرحوم (ح.ل) انتقل إلى عفو الله بتاريخ 2004/07/09 وخلف ورثته وهم: زوجته ميمونة وأبناءه من غيرها وهما: (م.ل) و(ح.ل) (المدعية)، وخلف من المتروك الأرض الفلاحية الكائنة بتعاونية الإصلاح الزراعي الوزانية 11 أيت حرز الله رقم 18، والبقعة الأرضية التابعة لها البالغة مساحتها 1000 م والمخصصة للسكنى بها دار وإسطبل، وأن المدعى عليهما استوليا على العقارين المذكورين دون تمكينها من نصيبها فيهما، والتمست الحكم لها بتعويض مسبق مبلغه 3000 درهم، وإجراء خبرة على القطعتين الأرضيتين المدعى فيهما والآبار والدور المتواجدة عليهما وتحديد قيمة نصيبها من هذا المتخلف وقيمة استغلال ما أنتجته الأرض منذ وفاة المورث إلى تاريخ إنجاز الخبرة، والحكم على المدعى عليهما على وجه التضامن بأدائهما لها ما نابها في الإرث من والدها من جميع المتخلف المذكور وواجب استغلال هذه العقارات من تاريخ الوفاة 2004/07/09 إلى تاريخ إنجاز الخبرة. وأجاب المدعى عليهما بأنه سبق للمدعية أن تقدمت بنفس الدعوى في مواجهتهما وانتهت بصدور حكم عن هذه المحكمة بتاريخ 2009/06/23 تحت رقم 2426 قضى بعدم قبول الدعوى، وأن المدعى فيه يخضع لظهير 1919/04/27 فهو بذلك لا يقبل الحجز أو التفويت أو التقادم، ولم يعط للمرأة الحق في الانتفاع بالأراضي الجماعية، والتمسا الحكم أساسا بسبقية البت في النازلة واحتياطيا رفض الطلب. وأجاب المدعى عليه مصطفى (ل) بأنه تم اختياره من طرف اللجنة الإقليمية يوم 2009/09/02 كمستفيد من القطعة رقم 18 المدعى فيها حسب الشهادة الصادرة عن وزارة الفلاحة والتنمية القروية والصيد البحري والتي تفيد بأنه لا حظ ولا حق للمدعية في المطالبة بالقسمة في عقار غير قابل لذلك قانونا، ملتمسا الحكم برفض الطلب. وبعد إجراء خبرة بواسطة الخبير (ع.ب) وتعقيب الطرفين قضت المحكمة الابتدائية بتاريخ 2012/04/24 على المدعى عليه (م.ل) بأدائه للمدعية (ح.ل) نصيبها وفق الفريضة الشرعية من قيمة استغلال العقارات المتخلفة عن

والدهما الكائنة بتعاونية الإصلاح الزراعي الوزانية 11 أيت حرز الله رقم 18 وفي القطعة الأرضية البالغة مساحتها 1000 م المشيدة بها دار وإسطبل ومرفقاتهما التابعة للقطعة الأولى بحسب مبلغ 163.829,16 درهما عن المدة من 2009/09/02 إلى 2011/06/28، وبرفض باقي الطلبات. فاستأنفته المدعية، وبعد الجواب وإجراء خبرتين الأولى بواسطة الخبير (م.ر) والثانية بواسطة الخبير (ع.ح) قضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف مبدئيا مع تعديله برفع مبلغ التعويض المحكوم به إلى 501.812,00 درهما عن المدة من 2004/07/09 إلى 2009/09/02. وهو القرار المطعون فيه بالنقض من طرف الطالبة بواسطة دفاعها بمقال تضمن سببين. وجه للمطلوبين طبقا للقانون.

حيث تعيب الطالبة القرار في الوسيلة الأولى بنقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن عدم قابلية القسمة للعقار الخاضع لتطبيق ظهير 277-72-1 متعلق بالأشخاص الأجانب وليس بالورثة. أما بخصوص الطاعنة، فهي وارثة ومن أصول الهالك، كما أن نفس الظهير تم تغييره باعتبار النساء وارثات في متخلف ذويهم بحسب الشريعة والقانون. وأن المحكمة المطعون في قرارها لما اعتبرت المنع ينطبق على الطاعنة، فإنها جانبت الصواب، ملتمسة لذلك نقض قرارها.

لكن، حيث إنه بمقتضى الفصل 14 من الظهير الشريف رقم 1.72.277 بتاريخ 29 دجنبر 1972 بمثابة قانون يتعلق بمنح بعض الفلاحين أراضي فلاحية أو قابلة للفلاحة من ملك الدولة الخاص، فإن القطع الموزعة بموجب هذا الظهير تكون غير قابلة للقسمة والتفويت ما عدا إذا كان ذلك لفائدة الدولة، كما أنها غير قابلة للحجز. وتعتبر العقود المبرمة خلافا لهذه المقتضيات باطلة. ولما كان الثابت من الشهادة المرفقة بالمقال الافتتاحي للدعوى المؤرخة في 2007/01/15 الصادرة عن وزارة الفلاحة والتنمية القروية والصيد البحري أن القطعة المدعى فيها خاضعة للظهير أعلاه، فإن المحكمة المطعون في قرارها لما أيدت الحكم

الابتدائي فيما قضى به من رفض طلب إنهاء حالة الشياع في القطعة المدعى فيها تطبيقا لمقتضيات الفصل أعلاه طالما أن عدم القابلية للقسمة والتفويت المنصوص عليه في الظهير أعلاه جاء عاما دون تخصيص، فإنها جعلت لما قضت به أساسا وعللت قرارها تعليلا كافيا، وما بالوسيلة على غير أساس.

وتعيب الطالبة القرار في الوسيلة الثانية بتطبيق قاعدة قانونية في غير مجالها، مما يعتبر تناقضا في التعليل موجبا للنقض، ذلك أن الخبير حدد واجبها في الاستغلال في مبلغ 702.537,00 درهما وذلك منذ وفاة المورث إلى تاريخ الخبرة، إلا أن محكمة الاستئناف اعتبرت أن التعويض المستحق خاضع لقانون الخمس سنوات ولا يمكن احتساب الاستغلال عن سبع سنوات، وأن النازلة لا تخضع لخمسية الطلب، بل يبقى الأجل مفتوحا لأن أصله نابع من إرث بين الورثة وذوي الحقوق، ملتمسة لذلك نقض القرار المطعون فيه.

لكن، حيث إن المحكمة المطعون في قرارها أجابت وعن صواب بأن المستحق للطالبة كتعويض عن الاستغلال يتعلق بالفترة من تاريخ بداية استغلال المطلوب في النقض(م.ل) للمدعى فيه حسب الثابت لها من محضر إثبات حال بتاريخ 2012/12/24 والذي هو بعد وفاة والده -المستفيد الأصلي من المدعى فيه- بتاريخ 2004/07/09 وإلى غاية تاريخ 2009/09/02 الذي أصبح فيه المطلوب المذكور مالكا بصفة قانونية للمدعى فيه، وقضت بالتعويض المناسب عن تلك الفترة فجاء قرارها خاليا من أي تناقض، وكان ما بالوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد بترهة **رئيسا** والسادة المستشارين: عبد الغني العيدر **مقررا** ومحمد عصبة وعمر لمين والمصطفى بوسلامة **أعضاء**. وبمحضر **المحامي العام** السيد محمد الفلاحي وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة فاطمة أوهوش.

الجزء الثالث

قرارات الغرفة التجارية

القرار عدد 338
الصادر بتاريخ 04 يوليوز 2018
في الملف التجاري عدد 2017/3/3/223

طعن بإعادة النظر – شروطه طبقا للفصل 379 من ق.م.م.

من المقرر أن عدم استدعاء الأطراف للجلسة العلنية ليس سببا من أسباب إعادة النظر في قرارات محكمة النقض المنصوص عليها في الفصل 379 من ق.م.م، إلا إذا طلبوا الاستماع إلى ملاحظاتهم الشفوية.

رفض طلب إعادة النظر

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من القرار المطلوب إعادة النظر فيه، ومن وثائق الملف أن الطاعنة شركة (...) تقدمت بمقال أمام المحكمة التجارية بالدار البيضاء تعرض فيه أنها كلفت من طرف المدعى عليها شركة (...) بمقتضى عقد إنجاز أشغال وصلت قيمتها إلى مبلغ 12.493.729,00 درهم إضافة إلى أشغال مطلوبة بلغت 257723,00 درهم وأن الأشغال المذكورة كانت موضوع سبع فاتورات الحاملة للأعداد التالية 110029–110032–110034–110035–110041–110045–110040، مضيفة أن المدعى عليها أدت مبلغ 4.995.605,66 درهم كما سلمتها كمبيالة بمبلغ 1.331.843,40 درهم وقد تخلذ بذمتها مبلغ 5.107.541,58 درهم امتنعت عن أدائه ملتمسة الحكم عليها بأدائها لها المبلغ المذكور وتعويضا عن التماطل قدره 300000,00 درهم والفوائد القانونية.

وأدلت المدعى عليها بمذكرة جوابية مقرونة بمقال مقابل أوضحت فيها أن المدعية الأصلية لم تحترم الأجل لإنجاز ما التزمت به المحدد في العقد وامتنعت عن إتمام الأشغال رغم إنذارها وأن المبالغ المطالب بها غير مستحقة وغير مصادق عليها من قبلها وغير مثبتة بمحضر إنجاز الأشغال موقع عليه من طرف جميع الأطراف، وفي المقال المقابل أوضحت أن الأشغال المنجزة تشوبها عيوب وأن المدعية الأصلية غادرت الورش دون إخبار بعد سحب جميع المعدات التي كانت بالورش مما كبدها خسارة فادحة ملتمسة الحكم لها بتعويض مؤقت قدره 50000,00 درهم والأمر بإجراء خبرة لتقويم الأضرار الناتجة عن العيوب التي شابت البناء الظاهرة والباطنة وبعد الانتهاء من مناقشة القضية صدر الحكم في الطلب الأصلي بأداء المدعى عليها شركة (...) لفائدة شركة (...) مبلغ 3.963.935,40 درهم، وفي الطلب المقابل بعدم قبوله، استأنفته شركة (...) استئنافا أصليا وشركة (...) استئنافا فرعيا، وبعد تمام الإجراءات أصدرت محكمة الاستئناف التجارية قرارها رقم 3880 في الملف رقم 2014/8202/1585 القاضي بتأييد الحكم المستأنف في مبدئه مع تعديله وذلك بخفض المبلغ المحكوم به إلى 6000 درهم طعن فيه بإعادة النظر من طرف شركة (...) لخرقه الفصل 402 من ق.م.م لكون لا المحكمة الابتدائية ولا محكمة الاستئناف لم يبتا في طلب الطاعنة الرامي إلى الحكم لها بالفوائد القانونية رغم كونه طلبا مبررا من الناحية القانونية وبعد جواب المطلوبة أصدرت محكمة الاستئناف التجارية قرارها رقم 1726 في الملف رقم 2014/5830 القاضي باشفاع القرار الاستئنافي موضوع طلب الطعن بإعادة النظر بالفوائد القانونية ابتداء من تاريخ الطلب. وهو القرار الذي طعن فيه بالنقض من طرف شركة (...) فأصدرت محكمة النقض بتاريخ 2016/06/15 قرارها عدد 3/265 في الملف رقم 2015/3/3/1403 القاضي بنقض القرار المطعون فيه وإحالة الملف على المحكمة المصدرة له للبت فيه من جديد بعلة "أن القرار موضوع إعادة النظر فصل في طلب الحكم بالفوائد القانونية وقضى برفضه وأن القرار المطعون فيه بالنقض الذي قبل إعادة النظر يكون قد خرق الفصل 402 من ق.م.م ويتعين نقضه" وهو القرار المطعون فيه بإعادة النظر.

في شأن السبب الوحيد لإعادة النظر:

حيث تنعى الطاعنة على القرار خرق مقتضيات الفصل 372 من ق.م.م بدعوى أن مقتضيات هذا الفصل تنص على أن جلسات محكمة النقض تكون علنية عدا إذا قررت المحكمة سريتها ويقدم بعد تلاوة التقرير وكلاء الأطراف ملاحظاتهم الشفوية أن طلبوا الاستماع إليهم ثم تقدم النيابة العامة مستنتجاتها مما يترتب على المقتضيات الفصل المذكور جوب تمكين الأطراف من حق الاطلاع على مقال النقض لمناقشة أسبابه وإبداء ملاحظاتهم الشفوية أثناء الجلسة أن طلبوا ذلك وهو الأمر الذي لا يمكن أن يتحقق إلا بتبليغ مقال النقض للطرف المطلوب في النقض أو باستدعائه للجلسة المدرجة بها القضية وذلك ضمانا لحقوق الدفاع، وأنه وبالرجوع إلى مستندات الملف ووثائق المسطرة على صعيد محكمة النقض يتبين أن المستشار المقرر أصدر أمرا بالتخلي عن القضية بتاريخ 2016/05/24 وأن النيابة العامة تقدمت بمستنتجاتها وأن تاريخ الجلسة كان في 2016/06/15 وأن الاستدعاء لم يوجه أصلا للطاعنة بصفتها مطلوبة في النقض، ولا لدفاعها وأنه يرتب على ذلك أنها لم تعلم بالجلسة المحدد تاريخها في 2016/06/15 وبذلك لم تحترم مسطرة ضرورة إعلام الطرفين بالجلسة العلنية لتمكينهم من تقديم ملاحظاتهم الشفوية بعد سماع تقرير المستشار المقرر مراعاة لمقتضيات الفصل 372 من ق.م.م التي نص على حق وكلاء الأطراف في تقديم ملاحظاتهم الشفوية أن طلبوا الاستماع إليهم، وأن هؤلاء لا يتأتى الاستماع إليهم إلا إذا سبق إعلامهم بالجلسة وفي غياب ذلك لن تتمكن محكمة النقض من مراعاة المقتضيات المذكورة لما لها من أهمية لتعلقها بممارسة حق الدفاع مما يبرر الاستجابة لطلب إعادة النظر والرجوع في القرار المطعون فيه.

لكن، حيث إنه من جهة فإن مقتضيات الفصل 372 من ق.م.م الذي يحيل عليه الفصل 379 من نفس القانون إنما يتضمن إمكانية تقديم الأطراف ملاحظاتهم الشفوية أن طلبوا الاستماع إليهم ومن جهة ثانية فإن عدم استدعاء

الأطراف للجلسة العلنية ليس سببا من أسباب إعادة النظر في قرارات محكمة النقض المنصوص عليها في الفصل 379 من ق.م.م إلا إذا طلبوا الاستماع إلى ملاحظاتهم الشفوية ولا يوجد بالملف أن دفاع الطاعنة سبق له أن تقدم بطلب في هذا الشأن أما ورد بخصوص عدم استدعاء الطاعنة للجلسة التي أدرجت فيها القضية أمام محكمة النقض فهي إجراءات منصوص عليها في الفصل 370 من ق.م.م وأنها ليست من أسباب إعادة النظر حسب الفصل 379 من نفس القانون مما يكون معه سبب الطعن بإعادة النظر غير مؤسس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض طلب إعادة النظر.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد محمد المجدوبي الإدريسي **رئيسا** والمستشارين السادة : السعيد شوكيب **مقررا** ومحمد رمزي ومحمد الصغير وعبد الالاه ابو العياد **أعضاء** وبمحضر **المحامي العام** السيد عبد العزيز اوبايك وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة مونية زيدون.

القرار عدد 345
الصادر بتاريخ 04 يوليوز 2018
في الملف التجاري عدد 2018/3/3/1428

محكمة الإحالة – وجوب التقيد بالنقطة القانونية لمحكمة النقض.

إن محكمة الإحالة التي لم تجر بحثا بخصوص واقعة تسليم البضاعة، واستبعدت الإشهاد المحتج به لمجرد إدلاء المطلوبة بإشهادات مقابلة وهو ما لا يعتبر سببا مقبولا لاستبعاده، تكون قد حادت عن النقطة القانونية التي سبق البت فيها من طرف محكمة النقض وخرقت الفصل 369 من قانون المسطرة المدنية.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه أن شركة (...) تقدمت بمقال أمام المحكمة التجارية بالدار البيضاء عرضت فيه أنها طلبت من المدعى عليها تزويدها ببضاعة بقيمة 19392 درهم وأنها سددت الثمن بتاريخ 2011/8/20 بموجب شيك إلا أنها لم تتوصل بهذه البضاعة ملتمسة الحكم عليها بأن تؤدي لها المبلغ المذكور مع الفائدة القانونية وتعويض 4000 درهم؛ فأجابت المدعى عليها مع مقال مضاد بأنها سلمت المدعية البضاعة موضوع الفاتورة 119 والدليل على ذلك هو تصريح الممثل القانوني لهذه الأخيرة للمفوضة القضائية المتضمن لاعترافه بحيازة تلك البضاعة؛ وبخصوص المقال المضاد فالمدعية الأصلية تسلمت منها الآلة موضوع الفاتورة عدد 116 بمبلغ 276000 درهم و أن التسليم تم بواسطة الناقل رشيد بوفرة بتاريخ 2011/6/9 إضافة لثبوت واقعة التسليم

باعتراف الممثل القانوني للمدعية الأصلية الوارد بمحضر المفوض القضائي ملتمسة الحكم عليها بأن تؤدي لها مبلغ 276000 درهم مع الفائدة القانونية وبعد تعقيب المدعية بأن الطابعة التي تسلمتها هي موضوع الفاتورة رقم 94 بمبلغ 17000 درهم وأنها ادت قيمتها بواسطة شيكات؛ أما الطابعة موضوع الفاتورة رقم 116 فإنه لا دليل بالملف على تسلمها من العارضة ولا وجود لوصل التسليم الخاص بها وأن شهادة الناقل لا ترقى إلى دليل إثبات؛ صدر الحكم برفض الطلبين الأصلي والمضاد؛ استأنفته أصليا شركة (...) وفرعيا شركة (...) فصدر القرار برد الاستئنافين معا و تأييد الحكم المستأنف؛ نقض بناء على طلب شركة (...) وبعد الإحالة إلى نفس المحكمة أصدرت من جديد القرار برد الاستئنافين وتأييد الحكم المستأنف وهو المطلوب نقضه.

في شأن وسيلة النقض الفريدة:

حيث تعيب الطالبة القرار بعدم الارتكاز على أساس قانوني سليم وفساد التعليل الموازي لانعدامه وخرق القانون ذلك أن المحكمة مصدرته عللته بأن شهادة الشرف المدلى بها من طرف العارضة هي شهادة تبقى من صنع من صدرت عنه ولا يمكن اعتبارها حجة على واقعة تسليم الطابعة للمطلوبة التي أدلت بدورها بشهادتين للشرف بأن الطابعة الوحيدة المشتراة منها في مارس 211 هي موضوع الفاتورة 119 والتي تم ارجاعها بعد اكتشاف عدم صلاحيتها مما يقتضي تبعا لذلك استبعاد شهادة الشرف المدلى بها من طرفها وهو ما يبقى التماسها بإجراء بحث غير مبرر؛ وهو ما يخالف ما ورد بتعليل قرار محكمة النقض التي حسمت في ملتمس إجراء بحث و يعد خرقا للفصل 369 من قانون المسطرة المدنية الذي أوجب على محكمة الإحالة التقيد بما قضت به محكمة النقض؛ فقرار النقض حسم وبصفة قطعية في كونها دعمت ادعاء حصول التسليم بما يفرض تمحيصه والبحث في حقيقته؛ إلا أن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه تجاهلت ذلك وعمدت إلى مناقشة ملتمس إجراء بحث من جديد

لتخلص إلى نتيجة مغايرة لما انتهت إليه محكمة النقض وان ذلك يجعل القرار المطعون فيه سيء التعليل وخارقا للقانون ملتمسة نقضه.

حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه ردت طلب الطاعنة الرامي لإجراء بحث بعلة أن "شركة (...) أدلت بشهادة على الشرف صادرة عن (ر.ب) بتاريخ 2012/3/16 يشهد فيها بأنه قام لفائدتها بنقل وتسليم الطابعة الرقمية من نوع J H P ذات لون أسود موضوع الفاتورة رقم 116 وذلك إلى شركة (...) والحال أن هذه الشهادة تبقى من صنعه ولا يمكن اعتبارها حجة على واقعة تسليم الطابعة المذكورة التي تمت بتاريخ 2011/6/9 إلى شركة (...) التي تنكر ذلك بل وقد أدلت هي الأخرى بشهادتين على الشرف الأولى صادرة عن السيد (ا.ب) بوصفه حارس الشركة بتاريخ 2012/11/26 والثانية صادرة عن السيد (ع.س) المسؤول التقني للشركة في مجال الطباعة بتاريخ 2012/11/26 يشهدان فيهما بأن الطابعة الرقمية المشتراة من شركة (...) في مارس 2011 هي موضوع الفاتورة 119 والتي تم ارجاعها إلى هذه الأخيرة بعد محاولة استخدامها واكتشاف عدم صلاحيتها ... ويتعين تبعا لذلك استبعاد الشهادة على الشرف المدلى بها من طرف المستأنفة الأصلية وهو ما يبقى معه التماسها بإجراء بحث غير مبرر" في حين أنه سبق لمحكمة النقض وبمقتضى قرارها رقم 68-1 الصادر بتاريخ 2016/2/18 في الملف التجاري رقم 107-3-1-2015 أن اعتبرت أن "تسليم البضاعة من البائع للمشتري يعد واقعة مادية يجوز إثباتها بسائر وسائل الإثبات؛ والطالبة باعتبارها موردة البضاعة ادعت تسليمها للمطلوبة بواسطة المسمى بوفرة رشيد الذي يزاول نشاط نقل البضائع بين التجار؛ واستظهرت لإثبات ادعائها بشهادة شرف صادرة عن هذا الأخير تفيد قيامه بتسليم الآلة موضوع الفاتورة المتنازع بشأنها للمطلوبة؛ والتمست إجراء بحث حول موضوع النزاع؛ فتكون بذلك قد دعمت ادعاءها حصول التسليم بما يفرض تمحيصه والبحث في حقيقته؛ وبذلك فالمحكمة المطعون في قرارها بعدم تحققها مما ذكر عن طريق إجراء بحث مع الممثلين القانونيين للطرفين وناقل البضاعة مصدر

شهادة الشرف أو استبعادها لهذه الأخيرة بمقبول تكون قد جعلت قرارها متسما بسوء التعليل المعتبر بمثابة انعدامه مما يعرضه للنقض" والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي لم تجر بحثا بخصوص واقعة تسليم البضاعة واستبعدت الاشهاد المحتج به لمجرد إدلاء المطلوبة بإشهادات مقابلة وهو ما لا يعتبر سببا مقبولا لاستبعاده تكون قد حادت عن النقطة القانونية التي سبق البت فيها من طرف محكمة النقض وخرقت الفصل 369 من قانون المسطرة المدنية فعرضت قرارها للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد المجدوبي الإدريسي **رئيسا** والمستشارين السادة: محمد وزاني طيبي **مقررا** والسعيد شوكيب ومحمد رمزي وعبد الاله ابو العياد **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد عبد العزيز أوبايك وبمساعدة **كاتب الضبط** السيدة مونية زيدون.

القرار عدد 347
الصادر بتاريخ 04يوليوز 2018
في الملف التجاري عدد 2017/3/3/2270

طلب الفائدة القانونية والتعويض - عدم جواز الحكم بها معا لجبر ضرر واحد.

لئن كانت الفائدة القانونية تختلف عن التعويض من حيث الأساس القانوني إلا أنهما يتحدان في كون الغاية من إقرار كل منهما هي جبر الضرر الذي قد يصيب الدائن، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ردت طلب الفوائد القانونية بعلة أن الضرر المترتب عن التأخير واحد و لا يمكن جبره إلا مرة واحدة لم تخرق القانون ولم تحرف ما جاء به الحكم الابتدائي من تعليل.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه أن الطالبة شركة (...) تقدمت بمقال أمام المحكمة التجارية بالدار البيضاء عرضت فيه أنها دائنة للمدعى عليه (...) بمبلغ 1.595.099,11 درهم حسب كشف الحساب الموقوف إلى غاية 2010/3/31 امتنع عن أدائه رغم رسالة الإنذار، ملتمسة الحكم عليه بأداء المبلغ المذكور مع الفوائد القانونية من تاريخ توقيف الحساب لغاية 2010/3/31، تضاف له الضريبة على القيمة المضافة وتعويض قدره 150.000 درهم وبعد جواب المدعى عليه متمسكا بالدفع بعدم الاختصاص النوعي، والمنازعة في المديونية أصدرت المحكمة حكمها العارض في الدفع برد الدفع بعدم

الاختصاص أيدته محكمة الاستئناف التجارية بمقتضى قرارها عدد 2011/4548، وبعد تمام الإجراءات قضت المحكمة بأداء المدعى عليه للمدعي مبلغ 1.595.099,11 درهم وتعويض قدره 30.000 درهم وبرفض باقي الطلبات بحكم استأنفه المحكوم له، فقضت محكمة الاستئناف التجارية بتأييده، وهو القرار المطلوب نقضه.

في شأن وسيلة النقض الفريدة:

حيث تنعى الطاعنة على القرار المطلوب نقضه خرق القانون الداخلي وانعدام التعليل والأساس القانوني بدعوى أنه لما بنى ما قضى به على تعليل جاء فيه: "بالإطلاع على المقال الافتتاحي للدعوى وعلى تعليل الحكم المستأنف يتضح بأن الطاعنة قد التمست الحكم لها بتعويض عن التأخير بالإضافة إلى الفوائد القانونية، وأن محكمة الدرجة الأولى قد استجابت لطلب التعويض دون الفوائد القانونية باعتبار أن الضرر المترتب عن التأخير واحد ولا يمكن جبره إلا مرة واحدة مما يكون معه الاستئناف غير ذي أساس ويتعين رده" وخلص إلى أن هذا التعليل اعتبر أن حكم محكمة البداية لم يستجب لطلب الفوائد القانونية لعلة أنه قضى بالتعويض، وأن الضرر لا يمكن جبره إلا مرة واحدة، والحال أنه بالرجوع للحكم الابتدائي يتضح أنه بني على تعليل لا علاقة له بما أورده القرار المطعون فيه إذ ورد فيه أنه: "لا أساس قانوني لاستمرار احتساب الفوائد القانونية بعد حصر الحساب" وهو تعليل لم يبين أن الضرر المترتب عن التأخير لا يمكن جبره إلا مرة واحدة، أن الحكم بالتعويض يحول دون الحكم بالفوائد، وبذلك فما أورده القرار المطعون فيه تحريف لما جاء به الحكم الابتدائي من حيثيات، وأن ما جاء في الحكم الابتدائي والقرار الاستئنافي يشكل خرقا لمبدأ وجوب تعليل الأحكام تعليلا سليما وارتكاز ذلك على أساس قانوني. فما جاء به الحكم الابتدائي مما سبق ذكره والذي اعتمده القرار المطعون فيه لا يرتكز على أساس فاجتهادات القضاء دأبت على ترسيخ قاعدة أنه لا يستحق بعد

توقيف الحساب سوى الفوائد القانونية لا البنكية، والقرار المطعون فيه الذي أيد الحكم الابتدائي لا يرتكز بدوره على أساس لعلة أن الفوائد القانونية لا علاقة لها بالتعويض عن الضرر اللاحق بالدائن نتيجة عدم الوفاء بالالتزام طبقا للفصل 263 من قانون الالتزامات والعقود أما الفوائد القانونية فتعتبر وسيلة إجبار المدين على تنفيذ الالتزام وآثارها لا تسري إلا بعد صدور الحكم بها والمحكمة بقضائها على النحو المنتقد جاء قرارها غير مرتكز على أساس ومنعدم التعليل عرضة للنقض.

لكن، حيث لئن كانت الفائدة القانونية تختلف عن التعويض من حيث الأساس القانوني إلا أنهما يتحدان في كون الغاية من إقرار كل منهما هي جبر الضرر الذي قد يصيب الدائن، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ردت طلب الفوائد القانونية بعلة أن الضرر المترتب عن التأخير واحد ولا يمكن جبره إلا مرة واحدة لم تخرق القانون ولم تحرف ما جاء به الحكم الابتدائي من تعليل والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد محمد المجدوبي الإدريسي **رئيسا** والمستشارين السادة: عبد الاله أبو العياد **مقررا** والسعيد شوكيب ومحمد رمزي ومحمد وزاني طيبي **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد عبد العزيز أوبايك وبمساعدة **كاتب الضبط** السيدة مونية زيدون.

القرار عدد 377
الصادر بتاريخ 18 يوليوز 2018
في الملف التجاري عدد 2017/3/3/1550

دفع بالتقادم – تمسك بسبق أداء الكمبيالات – أثره.

إن تمسك المطلوب بسبق أدائه للكمبيالات موضوع الدعوى هو تعضيد للدفع بالتقادم وليس هدما له، لأن المقصود بهدم قرينة التقادم أن يكون في جواب المدعى عليه ما يفيد عدم الأداء كأن ينكر صدور سند الدين عنه أو ينفي المعاملة التي أسس عليها الطلب؛ أما والحال أن المطلوب تمسك بسبق أداء الدين فإن موقفه هذا يعزز الدفع بالتقادم طالما أن مؤداه هو انقضاء الدين كما هو الشأن بالنسبة للوفاء.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه أن شركة (...) تقدمت بمقال أمام المحكمة التجارية بالرباط عرضت فيه أنها دائنة للمدعى عليه (ع.ب) بمبلغ 509494.57 درهما بموجب اثني عشر كمبيالة مقبولة وموقعة من طرفه ارجعت جميعها بدون أداء لعدم وجود المؤونة، والتمست الحكم عليه بأن يؤدي لها المبلغ المذكور وبعد استدعاء المدعى عليه ورجوع طي التبليغ بكونه انتقل من العنوان صدر الحكم عليه بأدائه للمدعية مبلغ 509494.57 درهما، استأنفه المحكوم عليه وبعد الجواب وتمام الاجراءات صدر القرار بإلغاء الحكم المستأنف والحكم من جديد برفض الطلب وهو المطلوب نقضه.

في شأن وسيلة النقض الأولى بفرعيها:

حيث تعيب الطالبة القرار بعدم الارتكاز على أساس قانوني وانعدام التعليل بدعوى أنه طبقا للمادة 228؛ تتقادم جميع الدعاوى الناتجة عن الكمبيالة ضد القابل بمضي ثلاث سنوات من تاريخ الاستحقاق وبالاطلاع على الكمبيالات سند الدين موضوع الدعوى يتضح أن المستأنف عليها لم تتقدم بدعواها إلا بتاريخ 2014/4/24 مما يتجلى معه أن الكمبيالات المذكورة قد تقادمت بمرور أكثر من ثمان سنوات على تاريخ استحقاقها مما يكون معه دفع الطاعن في محله؛ في حين أن الثابت قانونا أن التقادم المقضي به هو تقادم مبني على قرينة الوفاء باعتباره تقادم قصير ويمكن تقويضه باليمين الموجهة إلى المدين (الفقرة – من المادة 228 من مدونة التجارة) أو بأية وسيلة أخرى وبما أن المطلوب هدم قرينة الوفاء حينما نازع في المديونية وزعم الأداء كما هو مفصل في مقاله الاستئنافي فإن المحكمة حينما قضت بالتقادم يكون قرارها غير مرتكز على أساس، كما أن المحكمة عللت قرارها بأنه ثبت لها من خلال الوصولات المستدل بها من طرف المستأنف والصادرة عن المستأنف عليها والتي لم يكن محل أي طعن من طرف هذه الأخيرة وأن الطاعن قد وفى بجميع المبالغ المستحقة عن الكمبيالات سند الدين موضوع النزاع " في حين أن الطالبة لم يسبق لها أن أقرت بتلك الوصولات بل إن تلك التواصيل كانت موضوع دفوع جدية من طرفها إذ أنها أثارت من خلال مذكرتها الجوابية المدلى بها أمام محكمة الاستئناف بالدار البيضاء بجلسة 2017/1/16 أن المستأنف لم ينازع في صحة الكمبيالات مدليا في هذا الإطار بنسخ تواصيل وأن المستأنف لم يدل بأصول تلك التواصيل وأنها تحتفظ بحق الطعن فيها بعد الإدلاء بأصولها وأن الأداء المزعوم من طرف المستأنف لا علاقة له بمبالغ الكمبيالات بدليل أنه في إطار مسطرة لرفع الحجز تقدم بها المستأنف بخصوص نفس الكمبيالات فإنه لم يسبق له قط أن ادعى الأداء وأن الأداء المزعوم جاء خرقا للمادتين 185 و198 من مدونة التجارة، وأن

حيازة الطالبة للكمبيالات دليل على عدم أداء مبالغها، وأنه يتأكد خلافا لما انتهت إليه المحكمة أن دفوع الطالبة تنصرف للطعن في التواصيل المدلى بها من طرف المطلوب والتي ألحت الطالبة على الإدلاء بأصولها قصد الطعن فيها بالزور، والقرار المطعون فيه بعدم رده على الدفوع المذكورة بالرغم مما لها من تأثير في الدعوى واعتبار أن الطالبة لم تطعن في التواصيل يكون غير مرتكز على أساس ومنعدم التعليل مما يستوجب نقضه.

لكن، حيث إن تمسك المطلوب بسبق أدائه للكمبيالات موضوع الدعوى هو تعضيد للدفع بالتقادم و ليس هدما له خلافا لما جاء في الوسيلة، إذ أن المقصود بهدم قرينة التقادم هو أن يكون في جواب المدعى عليه ما يفيد عدم الأداء كأن ينكر صدور سند الدين عنه أو ينفي المعاملة التي أسس عليها الطلب، أما والحال أن المطلوب تمسك بسبق أداء الدين فإن موقفه هذا يعزز الدفع بالتقادم طالما أن مؤداه هو انقضاء الدين كما هو الشأن بالنسبة للوفاء، وبذلك فالمحكمة فيما انتهت إليه لم تخرق المادة 228 من مدونة التجارة، ومناقشتها للوصولات المدلى بها وما جاء في تعليلها من أنها لم تكن محل أي طعن من طرف الطالبة مجرد تزيد يستقيم القرار بدونه وبذلك جاء القرار المطعون فيه معللا بما يكفي و مبنيا على أساس قانوني سليم وما بالوسيلة بفرعيها على غير أساس عدا ما تبين أنه من قبيل التزيد فهو بدون أثر.

في شأن الوسيلة الثانية:

حيث يعيب الطالب القرار بخرق الفصل 142 من قانون المسطرة المدنية ذلك أنه بالرجوع للمقال الاستئنافي للمطلوبة يتبين أنه خال من الوقائع والقرار المطعون فيه الذي قضى بقبول الاستئناف على الرغم من ذلك جاء غير مرتكز على أساس قانوني وخارقا للفصل 142 من ق.م.م مما يستوجب نقضه.

لكن، حيث إنه يتبين بالرجوع للمقال الاستئنافي كما كان معروضا على المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه أنه تضمن سردا لعناصر القضية كاف لنفي

الجهالة عن موضوعها مما يجعل النعي المتخذ من كونه خال من ذكر وقائعها خلاف الواقع والوسيلة غير مقبولة.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد محمد المجدوبي الإدريسي **رئيسا** والمستشارين السادة : محمد وزاني طيبي **مقررا** والسعيد شوكيب ومحمد رمزي ومحمد الصغير **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد عبد العزيز أوبايك وبمساعدة **كاتب الضبط** السيدة مونية زيدون.

القرار عدد 362
الصادر بتاريخ 11يوليوز 2018
في الملف التجاري عدد 2017/3/3/2145

عقد فتح الحساب – اشتراطه توقيعين لسحب أي مبلغ وبالإعلام بعمليات السحب – وجوب إجراء تحقيق بشأن ذلك.

إن المحكمة لما ردت ما تمسكت به الطاعنة من أن عقد فتح الحساب اشترط توقيعين لسحب أي مبلغ من حسابها وبإعلامها بعمليات السحب احتراما لبنود العقد، بعلة أن المستأنفة لم تدعم ادعاءها بما يثبت اشتراطها ذلك، والحال أن البنك المستأنف عليه لم ينف هذا الاشتراط وإنما ادعى قيامه بإجراء العملية البنكية المذكورة عن حسن نية وطالب بالاستماع إلى الشخص الذي قام بسحب المبالغ، وهي لم تناقش ادعاءات الطرفين ولم تجر تحقيقا بشأنها رغم أن الأمر قد يقتضي ذلك، فجاء قرارها ناقص التعليل الموازي لانعدامه.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من مستندات الملف، ومن القرار المطعون فيه أن الطالبة تقدمت بمقال أمام المحكمة التجارية بالدار البيضاء عرضت فيه أنها أبرمت مع المدعى عليه عقد فتح حساب نظم طريقة سحبها لمبالغ من هذا الحساب، واشترط أن يكون طلب السحب حاملا لتوقيعين سواء بطريق الشيك أو بطريق آخر، وأن هناك اتفاقا يربطها مع الجامعة الدولية للنقل الجوي يستلزم أداء مبالغ

دورية عند حلول أجل أدائها تحت طائلة ترتيب آثار خطيرة عن الإخلال بذلك، وأنها في هذا الإطار وجهت للمدعى عليه أمرا بالتحويل لمبلغ 236 فرنكا سويسريا للجامعة الدولية للنقل الجوي (IATA) توصل به بتاريخ 2013/1/18، وبعد أن أخبرت الجامعة الدولة للنقل الجوي بأن التحويل لم يتم لها بعثت باستيضاح للبنك توصل به بتاريخ 2013/1/8 الذي أجاب بأن رصيدها لا يتوفر على المبلغ المطلوب تحويله، بعد أن قام أحد مسؤولي الشركة بمفرده بسحب المبلغ المودع به، الأمر الذي تحققت معه مسؤولية البنك بقيامه بصرف مبلغ 26.000 درهم من حسابها خلافا لما اتفق عليه من اشتراط توقيعين لكل عملية سحب، وبعدم إشعارها لا بسحب المبلغ ولا بعدم قيامه بتحويل المبلغ، وأنها أنذرته بضرورة إرجاع المبالغ المسحوبة وتحرير بيان لفائدتها يتضمن عدم استجابتها للأمر بالتحويل، ملتمسة لذلك القول بمسؤولية المدعى عليه عن صرف المبلغ من حسابها خلافا لما اتفق عليه، والحكم عليه بإرجاعه المبلغ المسحوب وتعويض قدره 30.000 درهم عن التماطل ومبلغ 100.000 درهم كتعويض عن الضرر، وبعد جواب المدعى عليه مع إدلائه بطلب إدخال المسمى مصطفى (ق) قضت المحكمة بعدم قبول الطلب بحكم استأنفته المدعية، فقضت محكمة الاستئناف بتأييده بقرارها المطلوب نقضه.

في شأن الوسيلة الثانية:

حيث تنعى الطالبة على القرار المطعون فيه خرق الفصل 345 من ق.م.م وفساد التعليل الموازي انعدامه بدعوى أن القرار المطعون فيه الذي أيد الحكم المستأنف الذي ورد فيه: "إن المقرر هو قيام مسؤولية البنك وفق القواعد العامة المنصوص عليها في قانون الالتزامات والعقود وتكون مسؤولية تعاقدية كل ما كان هناك عقد يربط البنك بزبونه المتضرر بمناسبة تنفيذ البنك لأحد عقود الخدمات المصرفية، وأن مسؤولية المصرفي تنتهي إذا على أساس الخطأ والضرر معا ولذلك يتعين على المتضرر أن يبرهن علاوة على وجود الضرر بكون البنك

أخل بأحد التزاماته وأن يثبت العلاقة السببية بين الخطأ والضرر"، وتأييدها له يبقى فاسدا لأن العقد الرابط بينها وبين المطلوب يشترط لسحب المبالغ من حسابها توقيعين، وهو ملزم بالإضافة لاحترام بنود العقد بإعلامها بعملية السحب وهي أخطاء تسببت لها بأضرار مادية ومعنوية تمثلت في التسبب بإخلالها بالتزاماتها اتجاه الغير بعد إرسالها له مبلغ 136 فرنك سويسري، وأنها تمسكت في سائر أطوار النزاع بأن المطلوب أخل بالتزامه العقدي ليس فقط بعدم الإعلام بل بعدم تقيده بشرط تعليق أي سحب لمبالغ من حسابها على حصوله على توقيعين، على سند السحب والمحكمة التي لم تأخذ بذلك رغم أن البنك لم ينف قيام ذلك الالتزام، بل اكتفى بالقول بأن المبالغ سحبت من أحد مسيريها، وكان على المحكمة مصدرة القرار أن تأمر بإجراء تحقيق مع إلزام البنك بالإدلاء بعقد فتح الحساب، أو تكليف الخبير بالاطلاع عليه، وهو حين لم يفعل جاء تعليله ناقصا وفاسدا ينزل منزلة انعدامه مستوجبا لنقضه.

حيث إن المحكمة مصدرة القرار التي ردت ما تمسكت به الطاعنة من أن عقد فتح الحساب اشترط توقيعين لسحب أي مبلغ من حسابها وبإعلامها بعمليات السحب احتراما لبنود العقد، بالقول بأن المستأنفة لم تدعم ادعاءها بما يثبت اشتراطها ذلك والحال أن البنك المستأنف عليه لم ينف هذا الاشتراط وإنما ادعى قيامه بإجراء العملية البنكية المذكورة عن حسن نية وطالب الاستماع إلى الشخص الذي قام بسحب المبالغ وهي لم تناقش ادعاءات الطرفين ولم تجر تحقيقا بشأنها رغم أن الأمر قد يقتضي ذلك فجاء قرارها ناقص التعليل عرضة للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

بمحكمة النقض بالرباط. وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد محمد المجدوبي الادريسي **رئيسا** والمستشارين السادة: عبد الاله أبو العياد **مقررا** والسعيد شوكيب ومحمد رمزي ومحمد الصغير **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد عبد العزيز أوبايك وبمساعدة **كاتب الضبط** السيدة نوال الفرايجي.

الجزء الرابع

قرارات الغرفة الإدارية

القرار عدد 3

الصادر بتاريخ 04يناير 2018

في الملف الإداري عدد 2017/1/4/4522

الاختصاص النوعي – نزاع يتعلق بعقد بين شركات تجارية خارج عن عقد صفقة عمومية – اختصاص المحاكم التجارية.

لما كان الأمر يتعلق بعقد بين شركات تجارية خارج عن عقد صفقة بناء المستشفى العمومي، الذي اقتصر في مادته 59 من هذا العقد على فتح حساب لأداء مصاريف الأشغال من كهرباء وحفر آبار والحراسة والبناء والتجهيز، تلتزم بمقتضاه الشركات بنسبة 1,5% من مبلغ الصفقة، ولم ينظم المنازعة بين الشركات فيما بينها، مما يبقى معه النزاع تجاريا تختص بالنظر فيه نوعيا المحاكم التجارية.

تأييد الحكم المستأنف

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من أوراق الملف، ومنها الحكم المستأنف المشار إلى مراجعه أعلاه أن شركة (...) تقدمت بتاريخ 2017/02/02 بمقال إلى المحكمة التجارية بالدار البيضاء، عرضت فيه أنها قدمت أشغالا رفقة خمسة شركات أخرى لفائدة عمالة النواصر من أجل بناء مستشفى بوسكورة في إطار الصفقة رقم (...)، وأنه تم عقد اتفاق بين الخمس شركات التي من ضمنها المدعى عليها على فتح حساب لأداء مصاريف الأشغال من كهرباء وحفر الآبار لتوفير المياه والحراسة والبناء والتجهيز، على أساس أن تتكفل المدعية بأداء جميع هذه المصاريف من مالها الخاص، وتلتزم باقي الشركات بنسبة 1,5% من مبلغ الصفقة

للمدعية، استنادا لما هو منصوص عليه في البند رقم 59 من الصفقة، وأن الصفقة تمت بكاملها والسيد العامل على عمالة النواصر راسل جميع الشركات قصد الوفاء بالتزامها تجاه المدعية، بما فيها المدعى عليها بمقتضى المراسلة المؤرخة في 2016/06/02 تحت رقم الإرسال 0001858، إلا أن المدعى عليها لم تؤد مبلغ الفاتورة المتخلذة بذمتها وهي الفاتورة رقم 2016/13 بمبلغ 62640,00 درهم، وأن الشركات الأخرى أدت ما عليها باستثناء المدعى عليها وشركة أخرى تسمى (...) هي بدورها موضوع دعوى قضائية لذا تلتمس الحكم على المدعى عليها بأدائها لها مبلغ 62640,00 درهم مع الفوائد القانونية من تاريخ يونيه 2016 وشمول الحكم بالنفاذ المعجل والصائر، وبعد المناقشة صدر الحكم باختصاصها نوعيا للبت في الطلب.

في أسباب الاستئناف:

حيث تعيب المستأنفة الحكم المستأنف بانعدام التعليل لكون العقد المبرم بين الأطراف يتعلق بصفقة عمومية أبرمت بين عمالة النواصر كمرفق عام، كما أن مبلغ الدين المطالب به ناتج عن عقد أبرم بين خمس شركات من جهة وعمالة النواصر التي تعد مؤسسة عمومية من جهة أخرى، وبذلك تعتبر المنازعة إدارية تختص للبت فيها نوعيا المحاكم الإدارية، مما يستوجب إلغاء الحكم المستأنف والتصريح بعدم اختصاص المحكمة التجارية للبت في الطلب.

لكن، حيث إن الأمر يتعلق بعقد بين شركات تجارية خارج عن عقد صفقة بناء المستشفى العمومي الذي اقتصر في مادته 59 من هذا العقد على فتح حساب لأداء مصاريف الأشغال من كهرباء وحفر آبار والحراسة والبناء والتجهيز تلتزم بمقتضاه الشركات بنسبة 1,5% من مبلغ الصفقة، ولم ينظم المنازعة بين الشركات فيما بينها، مما يبقى معه النزاع تجاريا تختص بالنظر فيه نوعيا المحاكم التجارية، والمحكمة لما قضت باختصاصها نوعيا للبت في الطلب تكون قد صادفت الصواب وحكمها واجب التأييد.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بتأييد الحكم المستأنف.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد عبد المجيد بابا أعلي **رئيسا** والمستشارين السادة: احمد دينية **مقررا** وعبد العتاق فكير والمصطفى الدحاني ونادية للوسي **أعضاء،** وبمحضر **المحامي العام** السيد سابق الشرقاوي، وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة حفصة ساجد.

القرار عدد 9
الصادر بتاريخ 04 يناير 2018
في الملف الإداري عدد 2016/1/4/2641

طعن بالإلغاء – قرار الوالي بهدم البناء – مشروعيته.

إن المحكمة لما أيدت الحكم المستأنف القاضي بإلغاء قرار الوالي بالهدم، رغم أن المطلوب لا يتوفر على تصميم مؤشر عليه من طرف مصلحة التعمير، فإنها لم تجعل لما قضت به أساسا من القانون وعللت قرارها تعليلا فاسدا يوازي انعدامه.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من وثائق الملف، ومن القرار المطعون فيه المشار إلى مراجعه أعلاه أن المطلوب (ع.ب) تقدم بمقال أمام المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 2005/01/26، يعرض فيه أنه بتاريخ 1987/05/08 أصدر رئيس الجماعة الحضرية لتطوان قرار بالترخيص له ببناء عمارة من طابق سفلي وثلاث طبقات بتطوان، وبتاريخ 1992/10/08 رخص له بإدخال تغييرات على التصميم الأول، وأنه بعد استنفاد كافة مراحل البناء فوجئ بأمر صادر عن الوالي يطالبه بهدم البناء داخل 15 يوم دون تحديد نوع المخالفة، موضحا أنه أقدم على البناء بعد حصوله على الترخيص من طرف الإدارة وأن قرار الهدم قام على سبب عام غير محدد، ملتمسا الحكم بإلغائه، وبعد إجراء بحث وتمام الإجراءات قضت المحكمة إلغاء القرار عدد 15 الصادر عن والي تطوان بتاريخ 24 دجنبر 2004 بهدم البناء المملوك للطاعن الواقع بشارع الجيش الملكي وملتقى شارع كابول، بحكم

استأنفه الطالبون أمام محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط التي أيدته بمقتضى القرار المطعون فيه بالنقض.

في الوسيلة الوحيدة للطعن:

حيث يعيب الطالبون القرار المطعون فيه بنقصان التعليل الموازي لانعدامه، وبانعدام الأساس القانوني، ذلك أن المحكمة مصدرته في تعليل قضائها لم تأخذ في الاعتبار أن المطلوب سبق أن توصل بقرار إيقاف الأشغال بتاريخ 2000/09/06، وأن قرار الهدم ما هو إلا تفعيل له واتخذ استنادا لمقتضيات المادة 68 من قانون 12/90 المتعلق بالتعمير لكون المخالفات تكتسي صبغة خطيرة لما تشكله من تهديد للسلامة الشخصية والجسدية للمواطنين عموما ومستعملي الرصيف المحادي للبناية على وجه خاص، فضلا أن قرار الهدم المذكور قد اتخذ بناء على رأي لجنة مختلطة انتقلت إلى عين المكان بتاريخ 2004/12/14 والتي حررت محضر يصف المخالفات المرتكبة، وكانت هذه المعاينة بحضور المطلوب الذي أبدى خلالها ملاحظاته و لم يعترض على القرار المطعون فيه، وبالتالي كان البناء الذي أقامه في وضعية غير نظامية اتجاه الجماعة الحضرية بدليل عدم توفره على تصميم مؤشر عليه من طرف مصلحة التعمير، وجاء القرار المتخذ مستوفيا لشكليات إنشائه وصدوره وتبليغه، وما زال المطلوب في وضعية المخالف لضوابط البناء لعدم استجابته للأعذار الموجه إليه لاتخاذ كافة التدابير لإنهاء المخالفة ومحو آثارها، على الرغم من استيفاء كافة الشكليات المتطلبة خاصة المادة 66 من القانون رقم 12-90 المذكور بإرسال محضر معاينة بالمخالفة إلى السيد وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بتطوان لتحريك الدعوى العمومية، واتخاذ رئيس الجماعة لإجراء في حق المخالف بهدم البناء استنادا إلى المادة 68 من نفس القانون بعد استنفاذ كل الشكليات المذكورة وإيداع كل الشكاوي، وعرضت قرارها للنقض.

حيث استندت المحكمة فيما انتهت إليه أنه: "لكن، حيث بالرجوع إلى المقال الافتتاحي المقدم بتاريخ 2005/01/26 الرامي إلى إلغاء القرار الإداري الصادر عن والي ولاية تطوان بتاريخ 2004/12/24 من أجل هدم البناء المخالف للقانون ولضوابط البناء والتعمير، يتبين من بناءاته أنه لم يسلك مسطرة الإنذار في حق المعني بالأمر وتبليغه محضر مخالفة البناء، فضلا عن أن قرار الهدم لم يوضح بدقة في مضمونه نوعية البناء المخالف للقانون موضوع الهدم، الشيء الذي يكون معه القرار المطعون فيه جاء متسما بعيب الانحراف في استعمال السلطة..."، في حين أثار الطالبون أمامها بكون المستأنف عليه توصل بقرار إيقاف الأشغال بتاريخ 2000/09/06، وأن قرار الهدم ما هو إلى تفعيل لقرار الإيقاف المذكور، وأن قرار الهدم اتخذ استنادا إلى مقتضيات الفصل 68 من القانون 12/90 المتعلق بالتعمير، اعتبارا لكون المخالفات تكتسي صبغة خطيرة لما تشكله من تهديد للسلامة الشخصية والجسدية عموما ومستعملي الرصيف المحادي للبناية ولرأي اللجنة المختلطة التي انتقلت إلى عين المكان بتاريخ 2004/12/14، التي حررت محضرا بذلك بحضور المعني بالأمر الذي أبدى ملاحظاته ولم يتعرض على قرار الهدم ما دام لا يتوفر على تصميم مؤشر عليه من طرف مصلحة التعمير لدى نفس الجماعة، مما يجعل البناء المشيد يندرج ضمن البناء العشوائي، واستنادا إلى الفصل 66 من نفس القانون فإنه تم إرسال محضر معاينة بالمخالفة إلى السيد وكيل الملك لدى ابتدائية تطوان لتحريك الدعوى العمومية في حق المخالف وبطلب هدم البناء، خاصة وأن البناية أصبحت قديمة وهشة وآيلة للسقوط، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم المستأنف فيما انتهى إليه دون مراعاة ما ذكر لم تجعل لما قضت به أساسا من القانون وعللت قرارها تعليلا فاسدا يوازي انعدامه عرضته للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد عبد المجيد بابا أعلي **رئيسا** والمستشارين السادة: المصطفى الدحاني **مقررا**، واحمد دينية وعبد العتاق فكير ونادية للوسي **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد سابق الشرقاوي، وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة حفصة ساجد.

القرار عدد 18
الصادر بتاريخ 04يناير 2018
في الملف الإداري عدد 2016/1/4/681

مسطرة التحديد الإداري – عدم تسجيل أي تعرض داخل الأجل – أثره.

لما كان النزاع ينصب على قرار التحديد الإداري للعقار المدعى ملكيته والذي يفضي إلى مسطرة التحديد الإداري، والتعرض عليها، وتقديم الحجج المؤدية للتعرض ومطالب التحفيظ، والبت فيها بعد ذلك، فإن المحكمة التي ثبت لها نشر المرسوم الصادر عن الوزير الأول بالجريدة الرسمية للشروع في عملية التحديد، وأنه لم يسجل خلال عملية التحديد الإداري أي تعرض، وأنه تم إيداع محضر التحديد الإداري بمكتب القائد رهن إشارة العموم لتسجيل تعرضاتهم، ورغم انصرام الأجل القانوني المحدد في ثلاثة أشهر ابتداء من التاريخ المذكور لم يسجل أي تعرض، ورتبت على ذلك أن ما تمسكت به المستأنفة – الطالبة – غير ذي أساس، تكون قد طبقت القانون تطبيقا سليما.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من وثائق الملف، ومن ضمنها القرار المطعون فيه أن السيدة (ذ.ر) تقدمت بتاريخ 2014/05/20 بمقال أمام المحكمة الإدارية بالرباط عرضت فيه أنها مالكة للعقار المسمى بلاد ظهر الزهراء الكائنة باكزناية دائرة الفحص أنجرة بإقليم طنجة التي آلت إليها من مورثها (ق.ر) عن هبة من السلطان

مولاي عبد الحفيظ بموجب ظهير شريف أدرج بدفتر المختلفة رقم 7 صحيفة 130 عدد 258 بتاريخ 1943/8/04، وهي عبارة عن أرض بها مراعي وأشجار غابوية وسكن المحدودة غربا بعين الطلبة ويمينا حجرة الرابليح وشمالا المغارة وبحاير مالك، وأنها فوجئت وبتاريخ 2014/7/17 من خلال جواب مدير المحافظة العقارية بأن الملك المسمى الزهراء يخضع لمسطرة التحديد الإداري التي باشرتها المندوبية السامية للمياه والغابات ومحاربة التصحر رغم أنها لا تتوفر على ما يفيد ملكيتها لها أو حيازتها، وأن المسطرة المذكورة أتت معيبة لعدم ذكر اسمها في محضر التحديد، وأن قرار التحديد الإداري متسم بتجاوز السلطة لعيبي الشكل وانعدام السبب، وأن ظهير 1914/7/01 بشأن الأملاك العمومية المتمم والمغير بظهير 1919/10/29 يؤكد أن الغابات ليست ملكا عموميا بقوة القانون، وأن المدعى عليها لم تتوصل بالشهادة النهائية لعملية التحديد الإداري للمدعى فيه المشار لها في الفصل الثاني من ظهير 03 يناير 1916، وأن المحافظ على الأملاك العقارية بطنجة لم يتخذ قرار التحفيظ بعد، وفي غياب ما يفيد تملك المندوبية السامية للمياه والغابات للقطعة الأرضية أو ما يفيد حيازتها، التمست الحكم بإلغاء القرار المتعلق بالتحديد الإداري على العقار المملوك لها المعروف ببلاد ظهر الزهراء مع ما يترتب على ذلك من آثار قانونية. وبعد جواب المحافظة على الأملاك العقارية والمندوبية السامية للمياه والغابات وتعقيب المدعية واستيفاء الإجراءات، أصدرت المحكمة حكمها رقم 5525 بتاريخ 2014/10/30 في الملف رقم 2014/7110/255 برفض الطلب، استأنفته المدعية أمام محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط التي قضت بتأييده بمقتضى قرارها المطلوب نقضه.

في وسيلتي النقض مجتمعتين للارتباط:

حيث تعيب الطالبة القرار المطعون فيه بخرق مبدأ تدرج قوة القوانين والقرارات وخرق مبدأ من مبادئ القانون الإداري، ذلك أن العقار موضوع

المنازعة آل إليها عن طريق ظهير شريف، وأن المحافظ بإصداره قرار التحديد ألغى هذا الظهير والذي كانت إدارة المياه والغابات وباقي المؤسسات المعنية على علم به، وأنه لا يمكن نسخه أو إلغاؤه إلا بمقتضى ظهير ثاني أو تنازل من طرف المالكين، وأن قرارات المحافظ بالتحديد الإداري ليست قرارات نهائية وإنما ممهدة لعملية التحفيظ باعتبارها المرحلة الأخيرة، وأنه كان على المحافظ أن يتحرى حول السند الذي تتوفر عليه إدارة المياه والغابات قبل الشروع في عملية التحديد، وأن الشروع في التحفيظ إجراء باطل، وقرار المحافظ منعدم ولا يلتفت إلى الأجل لكون الظهير لازال ساري المفعول ولا يمكن إلغاؤه إلا بظهير آخر، والعقار موضوع النزاع المستمد من ظهير لا يخضع للمساطر العادية للقول بخضوعه لمسطرة التحديد الإداري والنشر والإعلان، وأنه يتعين لذلك نقض القرار.

لكن، حيث إن النزاع لا ينصب على سند الملكية المحتج به من طرف الطالبة والمتمثل في الظهير الشريف الصادر عن السلطان عبد الحفيظ بن الحسن، ولكن على قرار التحديد الإداري للعقار الذي تدعي ملكيته والذي يفضي إلى مسطرة التحديد الإداري والتعرض عليها وتقديم الحجج المؤدية للتعرض ومطالب التحفيظ والبت فيها بعد ذلك، وأنه لما ثبت للمحكمة من خلال وثائق الملف أنه تم بالجريدة الرسمية عدد 3995 وتاريخ 1989/5/24 نشر المرسوم رقم 2.89.209 الصادر عن الوزير الأول بتاريخ 1989/5/12 بتعيين تاريخ 1989/6/28 للشروع في عملية التحديد، وأنه لم يسجل خلال عملية التحديد الإداري أي تعرض، وأنه تم إيداع محضر التحديد الإداري بمكتب قائد ملحقة اكزناية بتاريخ 1991/6/26 رهن إشارة العموم لتسجيل تعرضاتهم، ورغم انصرام الأجل القانوني المحدد في ثلاثة أشهر ابتداء من التاريخ المذكور لم يسجل أي تعرض، ورتبت على ذلك أن ما تتمسك به المستأنفة —الطالبة– لا أساس له، لم تخرق أي مبدأ قانوني، وطبقت القانون تطبيقا سليما، والوسيلتان على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد عبد المجيد بابا أعلي **رئيسا** والمستشارين السادة: فائزة بلعسري **مقررة**، واحمد دينية وعبد العتاق فكير والمصطفى الدحاني **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد سابق الشرقاوي، وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة حفصة ساجد.

القرار عدد 19
الصادر بتاريخ 04يناير 2018
في الملف الإداري عدد 2016/1/4/687

ثبوت مخالفات البناء بدون ترخيص – وجوب القيام بمراقبة قبلية لمنع وقوعها – الإخبار عنها بمجرد الشروع فيها.

لما كانت مخالفات البناء أساس المتابعة التأديبية للمطلوب في النقض ثابتة، وهو الأمر الذي لم يقم هذا الأخير بنفيه، وإنما تمسك بعدم علمه بها، في حين أن منع هذه المخالفات، وبالتالي التصدي لظاهرة البناء العشوائي تقتضي القيام بمراقبة قبلية لمنع وقوع تلك المخالفات عن طريق الإخبار عنها بمجرد الشروع فيها لردع مرتكبيها من طرف الجهة المختصة، والمحكمة لما ربطت قيام المخالفة المهنية في حق المطلوب في النقض بضرورة علمه بها، واستبعدت الوثائق المدلى بها من الإدارة لإثبات الإخلالات المنسوبة له، واعتبرت أن على الإدارة إخبار النيابة العامة بالأفعال ذات الطابع الجرمي، تكون قد عللت قضاءها تعليلا فاسدا يوازي انعدامه.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من وثائق الملف، ومن ضمنها القرار المطعون فيه أن السيد (ب.ش) تقدم بتاريخ 29 دجنبر 2014 بمقال أمام المحكمة الإدارية بالرباط عرض فيه أن السيد والي جهة الرباط سلا زمور زعير أصدر بتاريخ 17 نونبر 2014 قرارا يحمل رقم 9634 قضى بعزله من قائمة المقدمين الحضريين التابعين للولاية، وأن هذا القرار غير مشروع لعيب الانحراف في استعمال السلطة، لأنه صدر

بعدما لجأ الطاعن إلى القضاء الذي ألغى قرارا سابقا كان قد قضى بعزله، فضلا عن خرق قاعدة الملاءمة والتدرج، ولعدم استدعائه بصورة قانونية لحضور جلسة المجلس التأديبي ولعدم توضيح نوع التصرفات الصادرة عنه وطبيعة الاخلالات المهنية، والتمس الحكم بإلغاء القرار رقم 9634 ق ش د/م م المؤرخ في 2014/11/17 مع تفعيل كافة الآثار القانونية على ذلك، وبعد جواب الوكيل القضائي عن المطعون ضدهم ووالي جهة الرباط سلا زمور واستيفاء الإجراءات، أصدرت المحكمة حكمها رقم 2261 بتاريخ 2015/05/28 في الملف رقم 2014/7110/742 بإلغاء القرار المطعون فيه الصادر عن والي جهة الرباط سلا زمور زعير عمالة الرباط بتاريخ 2014/11/17 تحت رقم 9634 مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك، استأنفه الوكيل القضائي للمملكة بصفته هذه ونيابة عن الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة وعن وزير الداخلية ووالي جهة الرباط سلا زمور زعير أمام محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط التي قضت بتأييده بمقتضى قرارها المطلوب نقضه.

في وسيلة النقض الثالثة:

حيث يعيب الطالبون القرار المطعون فيه بانعدام التعليل المتجلي في نقصانه بشأن تعاطيه مع المخالفة المنسوبة للمعني بالأمر، ذلك أنه اعتبر أن المخالفة المنسوبة لهذا الأخير المتمثلة في التغاضي عن الإخبار ببناء عشوائي أو عدم التبليغ في حينه عن مخالفة البناء تتوقفان على تحقق العلم المسبق لدى المعني بالأمر بوجود مخالفة البناء وإحجامه عن التبليغ بسوء نية، وأن الإشهادين اللذين أدلت بهما الإدارة لا يحملان أي تاريخ محدد و لم تبن عليهما المتابعة التأديبية، وأنه متى وصل إلى علم السلطة الإدارية قيام أفعال ذات طابع جرمي فإنها تصبح ملزمة بإخبار النيابة العامة، في حين أن واقعة إدعاء علم المعني بالأمر بمخالفة التعمير المذكورة يشكل في حد ذاته مخالفة مهنية جسيمة على اعتبار أن دوره كعون

سلطة يقتضي منه أن يكون على علم بجميع مخالفات البناء التي تقع داخل دائرة القطاع الذي يشتغل به لأن من صميم عمله القيام بجولات تفقدية للوقوف على كل المخالفات التي تقع به، وأن الأمر لا يتعلق بالمخالفة التي تم الوقوف عليها في المنزل رقم 316 بل أيضا بمخالفة أخرى سجلت بالمنزل رقم 303 مجموعة الوحدة حي النهضة، كما أن القرار لم يتعامل ايجابيا مع الاشهادين الصادرين عن مواطنين أكدا فيهما ان المطلوب في النقض تلقى منهما مبالغ مالية نظير تستره على مخالفتهما للبناء واللذين يشكلان دليلا على سلوكيات المعني بالأمر وينهضان مؤيدا إضافيا على صحة ما نسب إليه من مخالفات، وأنه كان على المحكمة ان تلجأ إلى إجراء بحث في إطار سلطتها في التحقيق، ثم أن القرار تجاهل مبدأ من المبادئ العامة المتمثل في استقلال العقوبتين التأديبية والزجرية، مما حاصله أن عدم لجوء الإدارة إلى متابعة المعني بالأمر زجريا لا يمنعها من متابعته تأديبيا – وأنه لذلك يتعين نقض القرار.

حيث صح ما نعاه الطالبون على القرار الاستئنافي، ذلك أن الثابت من وثائق الملف أن مخالفات البناء أساس المتابعة التأديبية للمطلوب في النقض ثابتة، الأمر الذي لم ينفيه هذا الأخير، وإنما تمسك بعدم علمه بها، في حين أن منع هذه المخالفات وبالتالي التصدي لظاهرة البناء العشوائي تقتضي القيام بمراقبة قبلية لمنع وقوع تلك المخالفات عن طريق الإخبار عنها بمجرد الشروع فيها لردع مرتكبيها من طرف الجهة المختصة، والمحكمة لما ربطت قيام المخالفة المهنية في حق المطلوب في النقض بضرورة علمه بها، واستبعدت الوثائق المدلى بها من الإدارة لإثبات الاخلالات المنسوبة له، واعتبرت أن على الإدارة إخبار النيابة العامة بالأفعال ذات الطابع الجرمي، تكون قد عللت قضاءها تعليلا فاسدا يوازي انعدامه وعرضت قرارها للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد عبد المجيد بابا اعلي **رئيسا** والمستشارين السادة: فائزة بلعسري **مقررة**، واحمد دينية وعبد العتاق فكير والمصطفى الدحاني **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد سابق الشرقاوي، وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة حفصة ساجد.

القرار عدد 25
الصادر بتاريخ 18يناير 2018
في الملف الإداري عدد 2016/1/4/1173

طعن بالإلغاء – قرار وزير التربية الوطنية – مشروعيته.

إن المحكمة لما استندت في قضائها على أن المعني بالأمر قد مارس مهام التدريس لمدة فاقت السنتين بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة بصفته أستاذا لمادة الإعلاميات، ورتبت على ذلك أنه استوفى الشروط المنصوص عليها في الفقرة السادسة من المادة 22 من المرسوم رقم 2.96.804 الصادر في 19 فبراير 1997 بشأن النظام الأساسي الخاص بهيئة الأساتذة الباحثين بمؤسسات تكوين الأطر العليا، يكون قرارها غير خارق للمقتضى القانوني المحتج به، ومعللا تعليلا سائغا.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من وثائق الملف، ومنها القرار المطلوب نقضه المشار إلى مراجعه أعلاه أن السيد (ا.ش) تقدم بمقال إلى المحكمة الإدارية بوجدة بتاريخ 4 نونبر 2013، عرض فيه أنه يمارس مهام التدريب منذ سنة 2003 (تخصص مادة الإعلاميات) بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية وأنه في سنة 2010 أعلنت وزارة التربية الوطنية عن مباراة لتوظيف أساتذة التعليم العالي مساعدين، شارك فيها واجتازها بنجاح وأنه تطبيقا للمادة 22 من المرسوم رقم 2.96.804 التي تعفي أساتذة المسلك الثاني بالتعليم الثانوي من التدريب تقدم للوزارة بطلب من أجل إعفائه وترسيمه مباشرة فتم الاستجابة لطلبه وتسميته في إطار

أستاذ التعليم العالي مساعد رسمي الدرجة 1 الرتبة 2 الرقم الاستدلالي 542 بأقدمية 2009/09/16 بموجب القرار الصادر عن وزير التربية الوطنية بتاريخ 2012/10/02، غير أنه فوجئ بصدور قرار عن نفس الوزير بتاريخ 2013/06/27 مفاده إلغاء القرار المذكور، بعلة أن الطاعن مطالب بقضاء فترة التدريب القانونية من أجل ترسيمه في الرتبة الثانية من درجته، وبما أن القرار جاء مخالفا للقانون لأنه صدر خارج أجل الطعن المخول للإدارة الذي هو 60 يوما وترتب عنه اكتساب الطاعن لعدة حقوق لا يمكن المساس بها، كما أن السبب الذي اعتمده القرار غير صحيح لأن المادة 22 من المرسوم أعلاه تفيد إعفاءه من التدريب، وأن الإدارة استجابت لطلبه في هذا الشأن، ملتمسا لأجل ذلك الحكم بإلغاء هذا القرار مع ما يترتب عليه قانونا، وبعد تمام الإجراءات أصدرت المحكمة حكمها بإلغاء القرار المطعون فيه مع ما يترتب على ذلك قانونا، استأنفته الدولة المغربية في شخص رئيس الحكومة ووزير التربية الوطنية والوكالة القضائية للمملكة استئنافا أصليا والمدعى استئنافا فرعيا، وبعد تمام الإجراءات أصدرت المحكمة قرارها بتأييد الحكم المستأنف وهو القرار المطلوب نقضه.

في الفرع الأول من وسيلة النقض الفريدة:

حيث يعيب الطالبون القرار المطعون فيه بعدم الارتكاز على أساس قانوني وانعدام التعليل، ذلك أن المحكمة قبلت الطعن بالإلغاء شكلا رغم تقديمه خارج الأجل المحدد بموجب المادة 23 من القانون رقم 41.90 المحدث للمحاكم الإدارية لكون المطلوب كان على علم يقيني بالقرار على الأقل منذ تاريخ 2012/04/30، تاريخ تقديمه للتظلم للتراجع عن قرار إعادة الترسيم والترتيب، والحال أنه لم يتقدم بطعنه في القرار إلا بتاريخ 2013/11/04 أي بعد تحصنه من أي طعن مما يناسب نقض القرار.

لكن، حيث إن البين من وثائق الملف وخاصة ما تم إرفاقه بمقال المطلوب في النقض أن تظلم هذا الأخير والمتضمن لعناصر المقرر المطعون فيه تم إيداعه

بمكتب ضبط الإدارة (وزارة التربية الوطنية بتاريخ 2013/07/19)، وأن الإدارة لما لم تقدم أي جواب على التظلم المذكور داخل الستين يوما من هذا التاريخ، فكانت بذلك دعوى المطلوب المقدمة بتاريخ 4 نونبر 2013 أي داخل الستين يوما الموالية لانتهاء أجل الستين يوما الممنوح للإدارة من أجل الجواب على التظلم قد تقيدت بمقتضيات المادة المحتج بخرقها، والمحكمة لما قبلت الدعوى شكلا تكون بذلك قد راعت ما ذكر والفرع من الوسيلة على غير أساس.

في الفرع الثاني من وسيلة النقض الفريدة:

حيث يعيب الطالبون القرار المطعون فيه بعدم الارتكاز على أساس قانوني وانعدام التعليل، ذلك أن المطلوب في النقض هو الذي تقدم بالملف الذي على أساسه تمت إفادته من مقتضيات الفقرة السادسة من المادة 22 من المرسوم عدد 2.96.804 الصادر في 1997/02/19 بشأن الإعفاء من التمرين، وبعد قيام الإدارة المركزية بالتدقيق في ملف الإدارية تبين أنه لا تتوافر فيه الشروط المطلوبة قانونا للاستفادة من مقتضيات الإعفاء من التمرين المخول لأساتذة السلك الثاني بالتعليم الثانوي، التي تقتضي مزاولة التعليم بصفة فعلية بمؤسسة جامعية أو مؤسسة لتكوين الأطر العليا لمدة سنتين على الأقل باعتباره كان يقدم ساعات إضافية بجامعة محمد الأول بوجدة، بناء على ترخيص استثنائي قابل للتراجع عنه في أي وقت وحين، وأن القانون هو أسمى تعبير عن إرادة الأمة بصريح المادة 4 من دستور المملكة، وأن الأفراد لا يمكنهم الاستفادة من مخالفة أحكام القانون لأن تسمية المعني بالأمر في إطار أستاذ التعليم العالي المساعد الدرجة 1 الرتبة 2 خلاف الضوابط القانونية لا يعدو أن يكون من الأخطاء المرفقية الشخصية لا ينتج عنها إلا العدم ولا يخول أي حق مكتسب، وبمقتضى الفصل 109 من المرسوم عدد 2.02.854 الصادر في 2003/02/10 بشأن النظام الأساسي الخاص بموظفي وزارة التربية الوطنية، فإن أطر التدريس الراغبين في تغيير الإطار يشترط

فيهم أن يكونوا عاملين بمصالح التسيير الإداري والمالي من تاريخ صدور المرسوم، وأن المطلوب منذ توظيفه وهو يزاول مهام التدريس و لم يسبق له أن مارس مهام إدارية أو مهام التسيير المالي والإداري وإدراج اسمه ضمن ملحقي الاقتصاد والإدارة مجرد خطأ مادي لا يمكن للمطلوب الاستفادة منه وقرار تعيينه في حكم العدم مما يناسب نقض القرار المطعون فيه.

لكن، حيث إن المحكمة استندت في قضائها بما مفاده بأنه بحسب الفقرة السادسة من المادة 22 من المرسوم رقم 2.96.804 الصادر في 1997/02/19 بشأن النظام الأساسي الخاص بهيئة الأساتذة الباحثين بمؤسسات تكوين الأطر العليا، فإنه يعين المترشحون الناجحون في مباراة أساتذة التعليم العالي المساعدين في الرتبة الأولى من الدرجة (أ) ويقضون بهذه الصفة تدريبا لمدة سنتين يمكن على إثرها ترسيمهم في الرتبة الثانية من الدرجة ... ويعفي من التدريب المترشحين المتفرعين إما عن إطاري الأساتذة المساعدين والمساعدين المرسمين وإما عن إطار أساتذة السلك الثاني بالتعليم الثانوي المتوفرين على الدرجة الثانية أو الدرجة الأولى أو الدرجة الممتازة، والذين زاولوا بصفة فعلية مهام تعليمية طوال مدة سنتين جامعيتين على الأقل بمؤسسة جامعية أو مؤسسة لتكوين الأطر العليا"، وأن الثابت من وثائق الملف خاصة الشهادة الصادرة عن الأستاذ (ح.ر) بصفته نائبا لعميد كلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة التابعة لجامعة محمد الأول بوجدة، المرفقة بمقال الاستئناف الفرعي أن المعني بالأمر قد مارس مهام تعليمية بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بوجدة بصفته أستاذا لمادة الإعلاميات خلال المدة المتراوحة بين 2004/09/16 و2011/05/10، مما يعني أنه استوفى الشروط المنصوص عليها في المقتضى المذكور وهو تعليل يساير أوراق الملف والمقتضى المحتج بخرقه، ما دام قد ثبت لمحكمة الموضوع أن المطلوب في النقض خلافا لما ورد بمذكرات الإدارة أنه مارس مهام التدريس لمدة فاقت

السنتين بكلية العلوم القانونية والاقتصادية والاجتماعية بجامعة محمد الأول بوجدة، مما جاء معه القرار المطعون فيه غير خارق للمقتضى القانوني المحتج به، ومعللا تعليلا سائغا، وما بالفرع من الوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد عبد المجيد بابا اعلي **رئيسا** والمستشارين السادة: احمد دينية **مقررا** وعبد العتاق فكير والمصطفى الدحاني ونادية للوسي **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد سابق الشرقاوي، وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة نفسية الحراق.

القرار عدد 29
الصادر بتاريخ 18 يناير 2018
في الملف الإداري عدد 2017/1/4/3874

طعن بالإلغاء – قرار ضمني برفض رخصة السكن – مشروعيته.

لما تمسكت الطالبة بأن المادة 55 من قانون التعمير التي استندت عليها المحكمة تشترط التصريح بانتهاء عملية البناء للانتقال إلى عملية المعاينة، وأن تلك المقتضيات تستوجب الإخبار المستقل والفعلي للمصالح المختصة بانتهاء الأشغال، لأن طلب رخصة السكن لا تقوم مقام الإخبار المذكور، بل تعتبر وثيقة من وثائق التعمير لا تكفي في غياب تصريح المالك بانتهاء عملية البناء، فإن المحكمة التي أيدت الحكم المستأنف القاضي بإلغاء القرار المطعون دون مراعاة ما ذكر، لم تجعل لما قضت به أساسا من القانون وعللت قرارها تعليلا فاسدا يوازي انعدامه.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق الملف، ومنها القرار المطلوب نقضه المشار إلى مراجعه أعلاه أن السيد (ج.ا) تقدم بمقال إلى المحكمة الإدارية بالرباط بتاريخ 20 يوليوز 2016، عرض فيه أنه يملك العقار المسمى "..." ذي الرسم العقاري عدد (...) البالغة مساحته 4 آر و1 سنتيار الكائن بسلا وقد حصل على رخصة بنائه تحت عدد 11/667 بتاريخ 5 دجنبر 2011، مسلمة له من السيد رئيس المجلس الجماعي. وبعد انتهائه من أشغال البناء وحصوله على شهادة المطابقة مسلمة له من طرف المهندس المعماري المشرف على البناء تقدم بطلب إلى رئيس المجلس

الجماعي قصد الحصول على رخصة السكن، الشيء الذي تم رفضه دون موجب حق على اعتبار عدم الرد على طلبه المودع بمصالح الجهة المطلوبة في الطعن بتاريخ 8 مارس 2016، وأشعر شفويا من طرف المصالح المختصة أن الموافقة على طلبه معلق على شرط إبراء ذمته من واجب الضريبة على الأراضي غير المبنية المفروضة على ملكه، الشيء الذي لا موجب له قانونا على اعتبار أن مدونة التعمير لم تشترط أداء الرسم الضريبي المذكور للحصول على رخصة البناء، ملتمسا لذلك الحكم بإلغاء القرار الضمني الصادر عن رئيس المجلس البلدي لمدينة سلا، القاضي برفض تسليمه رخصة السكن الخاصة بملكه ذي الرسم العقاري عدد (...) الكائن بمدينة سلا مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك. وبعد تمام الإجراءات، أصدرت المحكمة الإدارية حكمها بإلغاء القرار الضمني المطعون فيه الصادر عن رئيس المجلس الجماعي لمدينة سلا، القاضي برفض تسليم الطاعن رخصة السكن الخاصة بملكه ذي الرسم العقاري عدد (...) الكائن بمدينة سلا مع ترتيب الآثار القانونية على ذلك، استأنفه رئيس المجلس الجماعي لمدينة سلا أمام محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط التي أصدرت قرارها بتأييد الحكم المستأنف وهو القرار المطلوب نقضه.

في وسيلة النقض الفريدة:

حيث يعيب الطالب القرار المطعون فيه بعدم ارتكازه على أساس قانوني ونقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن المطلوب في النقض لم يدل بما يثبت الإخبار الفعلي للمصالح المختصة بانتهاء أشغال البناء وتحديد تاريخ هذا الانتهاء، ولم يثبت تسوية وضعيته بخصوص الرسوم الجبائية الواجبة الأداء مع أن المادة 55 من القانون رقم 12-9 المتعلق بالتعمير توجب في فقرتها الثانية تصريح المالك بانتهاء عملية البناء، أما شهادة المطابقة الصادرة عن المهندس المعماري المشرف على البناء فهي إنما تقوم مقام المعاينة من أجل التحقيق من أن الأشغال تنجز

وفق ما يجب فقط، لأنها تنص على ما يلي: (....بيد أنه إذا تولى مهندس معماري إدارة الأشغال يمكن الاكتفاء بشهادته عن المعاينة) أي أن الشهادة يجب أن تكون صادرة عن المهندس المعماري الذي تولى إدارة الأشغال، وهو الشرط الذي لم يتم إثباته لأن الشهادة المذكورة لا تتضمن ما يفيد أن مصدرها هو من تولى إدارة الأشغال، ومن جهة أخرى فإن المادة المذكورة تنص على ضرورة التصريح بانتهاء عملية البناء للانتقال إلى عملية المعاينة أو الاكتفاء بشهادة المهندس المعمار الذي تولى إدارة الأشغال والتصريح بانتهاء عملية البناء هو إجراء جوهري سابق تترتب عنه إجراءات أخرى بخصوص الرسوم الجنائية الواجبة الأداء يحتسب انطلاقا من تاريخ التصريح بانتهاء عملية البناء، ملتمسا من أجل ذلك نقض القرار المطعون فيه.

حيث إن المحكمة استندت في تعليل قضائها بأن سبب الاستئناف يتعلق بمدى مشروعية طلب المطلوب في الطعن في الحصول على رخصة السكن الخاصة بملكه دون تقديمه الإخبار الفعلي للمصالح المختصة بانتهاء أشغال البناء وإدلائه فقط بشهادة المطابقة من طرف المهندس المعماري المشرف على تبليغ مشروع البناء فإنه باستقراء المادة 55 من قانون التعمير يستخلص منها أنها خولت إمكانية تقديم طلب الحصول على رخصة السكن مشفوعا بشهادة المهندس المعماري التي تحل محل معاينة المبنى ويكون ذلك بمثابة إخبار بانتهاء أشغال البناء، في حين تمسكت الطالبة بأن المادة 55 التي استندت عليها المحكمة تشترط التصريح بانتهاء عملية البناء للانتقال إلى عملية المعاينة وأن تلك المقتضيات تستوجب الإخبار المستقل والفعلي للمصالح المختصة بانتهاء الأشغال، لأن طلب رخصة السكن لا تقوم مقام الإخبار المذكور بل تعتبر وثيقة من وثائق التعمير لا تكفي في غياب تصريح المالك بانتهاء عملية البناء، والمحكمة لما أيدت الحكم المستأنف القاضي بإلغاء القرار المطعون دون مراعاة ما ذكر لم

تجعل لما قضت به أساسا من القانون، وعللت قرارها تعليلا فاسدا يوازي انعدامه مما يعرضه للنقض.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد عبد المجيد بابا أعلي **رئيسا** والمستشارين السادة: احمد دينية **مقررا**، وعبد العتاق فكير والمصطفى الدحاني ونادية للوسي **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد سابق الشرقاوي، وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة نفيسة الحراق.

القرار عدد 33
الصادر بتاريخ 18 يناير 2018
في الملف الإداري عدد 2015/1/4/3584

طعن بالإلغاء – قرار مجلس القيم المنقولة بالدار البيضاء – مشروعيته.

لما ثبت من مضمون البلاغ الصادر عن مجلس القيم المنقولة بالدار البيضاء إعفاء الطرف المعني من إيداع العرض العمومي الإجباري لشراء باقي أسهم الشركة المعنية، أنه صيغ في شكل إخبار للعموم كما تقر بذلك الجهة المطلوبة في الطعن، وبالتالي فإنه ينطوي على قرار إداري من شأنه التأثير في المركز القانوني للطالب، والمساس بمصالحه المادية باعتباره أحد المساهمين في الشركة من خلال احتمال انعكاس ذلك على سعر الأسهم، وبالتالي يحق الطعن فيه على هذا الأساس، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم المستأنف فيما انتهى إليه بعلة عدم قبول الطعن، لم تجعل لما قضت به أساسا صحيحا من القانون، وعللته تعليلا فاسدا يوازي انعدامه.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يؤخذ من وثائق الملف، ومن القرار المطعون فيه المشار إلى مراجعه أعلاه أن الطالب (ع.ل) تقدم بتاريخ 2013/01/29 بمقال أمام المحكمة الإدارية بالرباط يعرض من خلاله أنه يملك ما قدره 19.400 سهم من أصل 30 مليون سهم المكون لرأسمال شركة (...) الخاضعة للقانون التونسي والمدرجة في البورصة بكيفية مزدوجة، إذ تم إدراجها في بورصة القيم بالدار البيضاء ابتداء من 2012/02/22 وأن قرار الاستثمار في هذه الأسهم كان بقصد الحصول على

الربح من إيداع العرض العمومي الإجباري المرتقب بشراء أسهمه من طرف المقتني الجديد (...) المالك لأغلبية الأسهم بنسبة 68,751 وحقوق التصويت بعد أن كانت الشركة في ملكية (...) وصادرتها الدولة التونسية التي فوتتها للائتلاف المذكور إثر الإعلان عن عرض عمومي للبيع، وأن مجلس القيم المنقولة أصدر قرارا في شكل بلاغ بإعفاء الائتلاف من إيداع العرض العمومي الإجباري لشراء باقي أسهم الشركة دون احترام شكليات القرار الإداري إذ جاء منعدم التوقيع وبدون تاريخ، فضلا عن عدم مشروعيته لمخالفته المادة 18 من القانون رقم 03-26 الصادر بتاريخ 2004/04/21 المتعلق بالعروض العمومية في سوق البورصة مثلما تم تعديله بالقانون رقم 46/06، إذ أن الائتلاف المذكور بموجب هذه المادة يكون مجبرا بقوة القانون على إيداع عرض عمومي لشراء باقي أسهم هذه الشركة المملوكة من طرف صغار المساهمين، وأن شرط الاستفادة من الاستثناء المقرر في المادة 19 من نفس القانون غير متوفرة في نازلة الحال، وأن اتفاق التعاون الذي أسس عليه المجلس قراره بالإعفاء لا يعدو أن يكون اتفاق تعاون فيما يتعلق بتبادل المعلومات والأبحاث، ولا يخول لطرفيه خرق مقتضيات القانون المنظم لعمليات البورصة في البلدين، وأن مقتضياته تعتبر من النظام العام الاقتصادي التي لا يجوز الاتفاق على مخالفتها باعتبارها قواعد آمرة، وأن القرار المطعون فيه أدى إلى تدهور قيمة سهم شركة (...) نتج عنه خسائر مالية فادحة مما يستوجب إلغاءه لوقف آثاره السلبية، ملتمسا الحكم بإلغاء القرار المطعون فيه المتخذ من طرف مجلس القيم المنقولة في شكل بلاغ إلى العموم بخصوص عملية انتقال أسهم شركة (...) عبر إعفاء العملية من العرض الإجباري العمومي مع ما يترتب عن ذلك قانونا وشموله بالنفاذ المعجل، وبعد الجواب وتمام الإجراءات أصدرت المحكمة حكمها القاضي برفض الطلب تم استئنافه أصليا من طرف الطالب وفرعيا من طرف المطلوبة مؤسسة مجلس القيم المنقولة أمام محكمة الاستئناف الإدارية بالرباط التي أيدته بمقتضى القرار المطعون فيه بالنقض.

في الفرع الثالث من الوسيلة الأولى والفرع الثاني من الوسيلة الثالثة مجتمعين للارتباط:

حيث يعيب الطالب القرار المطعون فيه بخرق القانون الداخلي المتصل بالخطأ في تفسيره وفهمه، وبسوء التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن المحكمة في تأييدها للحكم المستأنف فشلت في تعريف القرار الإداري وتمييزه عن باقي القرارات المختلفة وأعمال الإدارة، بل أنها تناقضت في اقتناعها بدعواه هل هي طعن في قرار إداري مستوفي لكافة شروطه كما جاء في الحيثية رقم 2 أم الطعن يتعلق ببلاغ يفتقر لشروط القرار الإداري كما جاء في الحيثية رقم 5، دون أن تأخذ في الاعتبار أن القرار المطعون فيه قد مس بمركزه، واستبعدت كل وسائل دفاعه جملة وتفصيلا وتبنت كل دفوع المطلوب بشكل مخالف للمساواة في الحقوق والواجبات المكفولة دستوريا وقانونيا وقضائيا وحقوقيا، كما أنه صادر عن سلطة عامة نافذ ومعلن ولم يشترط المشرع بخصوصه أن يصدر في شكل معين لأن العبرة بمضمونه وليس بتسميته، خاصة وأن القرارات التي تصدر عن مجلس القيم تكون كلها في شكل بلاغات تتضمن في طلبها ما يفيد أنها ملزمة للجميع ويسهل الاطلاع عليها بمجرد ولوج الموقع الإلكتروني للمجلس المذكور المفتوح للجميع، وهي الواقعة المادية التي لم تتوفق في استيعابها ومناقشتها أو حتى الإشارة إليها سيما وأن القرار المطعون فيه قد تجاوز مصلحته وأثر سلبا في مركزه القانوني وألحق أضرارا مادية ومعنوية به وحرمه من حقوقه الثابتة والمحمية بمقتضى القانون رقم 26.03 المتعلق بالعروض العمومية في سوق البورصة، وعرضت قرارها للنقض.

حيث استندت المحكمة فيما انتهت إليه أنه: "حيث إنه وبالاطلاع على عناصر المنازعة وما تم الإدلاء به من وثائق ومستندات يتبين أن القرار المطلوب إلغاؤه والصادر عن مجلس القيم المنقولة لبورصة الدار البيضاء هو مجرد إعلام أو

إخبار بالوضعية القانونية لأسهم شركة (...) والكيفية التي تم بها تفويت الأسهم، وبالتالي لا تتوافر فيه مقومات وعناصر القرار الإداري المتواتر عليها فقها وقضاء والحكم المستأنف يبقى لذلك مؤسسا قانونا وحري بالتأييد لعلة عدم القبول". في حين أنه بالاطلاع على مضمون البلاغ الصادر عن مجلس القيم المنقولة بإعفاء ائتلاف بارتين – بولينا من إيداع العرض العمومي الإجباري لشراء باقي أسهم شركة (...) يتبين أنه صيغ في شكل إخبار للعموم كما تقر بذلك الجهة المطلوبة في الطعن، وبالتالي فإنه ينطوي على قرار إداري من شأنه التأثير في المركز القانوني للطالب والمساس بمصالحه المادية باعتباره أحد المساهمين في الشركة من خلال احتمال انعكاس ذلك على سعر الأسهم، وبالتالي يحق الطعن فيه على هذا الأساس، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم المستأنف فيما انتهى إليه بعلة عدم قبول الطعن لم تجعل لما قضت به أساس صحيحا من القانون وعللته تعليلا فاسدا يوازي انعدامه، وجعلته عرضة للنقض.

وبصرف النظر عن باقي فروع الوسيلة الأولى وباقي الوسائل.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيس الغرفة السيد عبد المجيد بابا اعلي **رئيسا** والمستشارين السادة: المصطفى الدحاني **مقررا**، واحمد دينية وعبد العتاق فكير ونادية للوسي **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد سابق الشرقاوي، وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة نفيسة الحراق.

الجزء الخامس

قرارات الغرفة الاجتماعية

القرار عدد 70
الصادر بتاريخ 30 يناير 2018
في الملف الاجتماعي عدد 2017/1/5/1048

مندوب الأجراء – عدم احترام مسطرة فصله من العمل – أثره.

من المقرر أن مجرد لجوء المشغلة إلى مفتش الشغل لإتمام المسطرة عند رفض الحضور بجلسة الاستماع، لا يغنيها عن أخذ رأيه في المقرر التأديبي الذي تنوي اتخاذه في حق مندوب الأجراء طبقا للمادة 457 من مدونة الشغل، وهو ما يضفي على الفصل المذكور طابع التعسف المستوجب للتعويض.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق القضية، ومن القرار المطعون فيه أن المدعي تقدم بمقال يعرض فيه أنه شرع في العمل لدى المدعى عليها منذ 1997 إلى أن تم طرده بصفة تعسفية في 2015/10/23 ولأجل ذلك التمس الحكم له بالتعويضات المترتبة عن ذلك، وبعد فشل محاولة الصلح بين الطرفين وانتهاء الإجراءات المسطرية أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها القاضي على المدعى عليها بأدائها لفائدة المدعي مجموعة تعويضات، استأنفه الطرفان فقضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب الأجرة عن شهر أكتوبر 2015 والتصدي والحكم على المشغلة في شخص ممثلها القانوني بأدائها لفائدة الأجير مبلغ 3228.85 درهم عنه وتأييده في الباقي مع تعديله بالرفع من التعويض المحكوم به عن الفصل إلى مبلغ 110.037,30 درهم، وهو القرار موضوع الطعن بالنقض.

في شأن وسيلتي الطعن بالنقض مجتمعتين:

تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه فساد التعليل، إذ أيد الحكم الابتدائي وعدله بالرفع من قيمة التعويض على اعتبار أن المطلوب في النقض يعتبر مندوبا للأجراء وأنه تم خرق مسطرة الفصل المنصوص عليها في مدونة الشغل، لكنها احترمت مسطرة الفصل المنصوص عليها في المادة 62 من مدونة الشغل، وأنه استكمل الأخطاء التأديبية المنصوص عليها في مقتضيات المادة 37 ولأنه يعتبر مندوبا للأجراء فإن الطالبة سلكت المسطرة أمام مفتش الشغل وهذا ما تجاوزته محكمة الاستئناف في قرارها لأنها لم تطلع على الوثائق كما أن المطلوب في النقض تمت مواجهته بالأخطاء المنصوص عليها في المادة 37 خلال السنة قبل فصله عن العمل وأن هذا الأخير لم يكن آنذاك يتمتع بصفة مندوب الأجراء، وأن الطالبة تقدمت بطلب استكمال المسطرة بتاريخ 2015/10/29 وأن هذا الأخير أنجز محضرا مفاده أن المطلوب في الطعن لم يحضر جلسة الاستماع مما تكون معه مسطرة الفصل قد استوفت الشروط المتطلبة قانونا، مما يتعين معه نقض القرار.

كما تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه خرق القانون، إذ أنها سبق وإن أثارت في معرض مقالها الاستئنافي أن الحكم الابتدائي خال مما يفيد استدعاءها وتمكينها من إثارة دفوعها وهو ما يعد خرقا لمقتضيات المسطرة المدنية مما يتعين معه نقض القرار.

لكن، من جهة أولى حيث إن المشرع المغربي أحاط مندوبي الأجراء بحماية خاصة وذلك بالإضافة إلى وجوب احترام مسطرة الفصل المنصوص عليها في المواد 62 إلى 65 من مدونة الشغل من طرف المشغل، أوجبت المادة 457 من نفس القانون أن يكون "كل إجراء تأديبي يعتزم المشغل اتخاذه في حق مندوب الأجراء أصليا كان أو نائبا موضوع مقرر يوافق عليه العون المكلف بتفتيش

الشغل، إذا كان هذا الإجراء يرمي إلى نقل المندوب أو نائبه من مصلحة إلى أخرى أو من شغل إلى آخر أو إلى توقيفه عن شغله أو فصله"، وأن الثابت من خلال وثائق الملف أن الأجير عند اتخاذ قرار بفصله بتاريخ 2015/11/12 كان مندوبا للأجراء حسب لائحة انتخاب مندوبي الأجراء بتاريخ 2015/06/03 وهو ما يستوجب على المشغل احترام مقتضيات المادة 457 أعلاه، بغض النظر عن الأخطاء المرتكبة من طرفه ولا تواريخها، وفي غياب ذلك يبقى الفصل الذي تعرض له الأجير متسما بالتعسف يستحق عنه التعويض، أما بخصوص ما أدلت به المشغلة من وثائق فإنها تتعلق بمقتضيات المواد 62 إلى 65 من مدونة الشغل وأن لجوؤها إلى مفتش الشغل لإتمام المسطرة عند رفض الأجير الحضور بجلسة الاستماع لا يغنيها عن أخذ رأيه في المقرر التأديبي الذي تنوي اتخاذه في حق مندوب الأجراء، ويبقى بذلك ما انتهى إليه القرار المطعون فيه معللا تعليلا كافيا والوسيلة الأولى على غير أساس.

ومن جهة ثانية فإن الثابت من خلال محاضر الجلسات فإن الطاعنة حضرت ابتدائيا بواسطة نائبها وأمهلت عدة مرات للأدلاء بجوابها إلا أنها لم تفعل وهو ما أجاب عنه القرار المطعون فيه الذي لم يكن خارقا لأي مقتضى قانوني والوسيلة الثانية على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيسة الغرفة السيدة مليكة بنزاهير **رئيسة**، والمستشارين السادة: العربي عجابي **مقررا** ومرية شيحة وأنس لوكيلي وعمر تيزاوي **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد علي شفقي، وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد سعيد احماموش.

القرار عدد 134
الصادر بتاريخ 20 فبراير 2018
في الملف الاجتماعي عدد 2017/1/5/1189

كراء سيارة أجرة – انعدام عناصر عقد الشغل.

لما كان الطالب مجرد مكتر من مالك سيارة الأجرة وأن ما يتم اقتسامه بين الطرفين لا يشكل أجرا كما هو منصوص عليه بمدونة الشغل، إذ أن المكتري له كامل الصلاحية بالتصرف في سيارة الأجرة إلا ما يتعلق بالمسؤولية المدنية طبقا للفصل 88 ق.ل.ع، مما تكون معه عناصر عقد الشغل منعدمة والمتمثلة في التبعية والأجر، والقرار المطعون فيه لما كيف العلاقة بين الطرفين كونها علاقة شغل رغم افتقادها لأهم أركانها وهما التبعية والأجر يكون غير مرتكز على أساس ومعللا تعليلا فاسدا.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق القضية، ومن القرار المطعون فيه أن المدعي تقدم بمقال يعرض فيه أنه كان يشتغل لدى المدعى عليه إلى أن تم طرده بصفة تعسفية في 2014 ولأجل ذلك التمس الحكم له بالتعويضات المترتبة عن ذلك وبعد جواب المدعى عليه، وفشل محاولة الصلح بين الطرفين وانتهاء الإجراءات المسطرية أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها القاضي على المدعى عليه بأدائها لفائدة المدعي التعويض عن آخر عطلة سنوية. استأنفه الطرفان فقضت محكمة الاستئناف بإلغاء الحكم الابتدائي فيما قضى به من رفض الطلب بخصوص

علاوة الأقدمية وبعد التصدي الحكم على المستأنف عليه أصليا بأدائه لفائدة المستأنف أصليا تعويضا عن الأقدمية قدره 9355,5 درهم وبتأييده في الباقي، وهو القرار موضوع الطعن بالنقض.

في شأن وسيلة النقض:

يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه انعدام الأساس القانوني وانعدام التعليل، إذ إنه قضى بالتعويض عن العطلة السنوية وعلاوة الأقدمية وأقر بوجود علاقة شغل دون تفصيل في العناصر المكونة له، والحال أنه ظل ينازع طول مدة هذه الدعوى في عدم وجود عقد الشغل مما يتعين معه نقض القرار.

كما أنه بالرجوع إلى محاضر البحوث يتبين أن عناصر عقد الشغل غير متوفرة في النازلة، فكما هو ثابت من خلال تصريحات المطلوب ضده في محضر البحث الاستئنافي فإنه لم يكن يمارس عليه أي توجيه أو مراقبة أو إشراف على المطلوب ضده لأنه كان يبدأ العمل متى يشاء وينهيه كلما أحس بالعياء و لم يكن يلزمه سوى بلوغ وقت المناوبة لتسليم السيارة له أو لزميله الذي ينوب عنه، كما أن المطلوب في النقض هو من يختار من يتناوب معه في السيارة و لم يكن يلتزم سوى إخباره بذلك، أما بالنسبة للأجرة فقد صرح الطالب وكذلك الشهود المستمع إليهم بالمرحلتين الابتدائية والاستئنافية أنهم جميعا كانوا في آخر اليوم يسلمون للطالب مبلغ 200 درهم ويحتفظون بالباقي، بل صرحوا أنه لم يكن يعلم كم بقي لديهم ولا كم كانت غلة ذلك اليوم، مما يتعين معه نقض القرار.

حيث ثبت صحة مانعاه الطاعن على القرار المطعون فيه، إذ أن الثابت من خلال وثائق الملف وتصريحات الأطراف والشهود، أن الطالب مجرد مكتر من مالك سيارة الأجرة وأن ما يتم اقتسامه بين الطرفين لا يشكل أجرا كما هو منصوص عليه بمدونة الشغل، إذ أن المكتري له كامل الصلاحية بالتصرف في

سيارة الأجرة إلا ما يتعلق بالمسؤولية المدنية طبقا للفصل 88 ق.ل.ع مما تكون معه عناصر عقد الشغل منعدمة والمتمثلة في التبعية والأجر، وأن القرار المطعون فيه لما كيف العلاقة بين الطرفين كونها علاقة شغل رغم افتقادها لأهم أركانها هما التبعية والأجر يكون غير مرتكز على أساس ومعللا تعليلا فاسدا ويتعين نقضه.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيسة الغرفة السيدة مليكة بتراهير **رئيسة،** والمستشارين السادة: العربي عجابي **مقررا** ومرية شيحة ومصطفى مستعيد وانس لوكيلي **أعضاء،** وبمحضر **المحامي العام** السيد علي شفقي، وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد سعيد احماموش.

القرار عدد 220
الصادر بتاريخ 06 مارس 2018
في الملف الاجتماعي عدد 2017/1/5/495

وصل تصفية الحساب – تسليمه للأجير بعد الاستقالة – أثره.

إن موقف المحكمة المؤسس على كون وصل تصفية الحساب وتسليمه للأجير بعد تقديم استقالته هو قبول لها لا يرتكز على أساس لسببين: أولهما أن المشغلة اتخذت مقررا للفصل في حق الطالب بتاريخ لاحق لتقديم الاستقالة وهو ما يعني عدم قبول الاستقالة المقدمة من طرف الطالب، واستمرارية علاقة الشغل معها، وثانيهما إن وصل تصفية الحساب يمنح للأجير كيفما كانت طبيعة إنهاء العلاقة الشغلية طبقا للمادة 73 من مدونة الشغل.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق القضية، أن المدعي -الطالب- تقدم بمقال يعرض فيه أنه كان يشتغل مع المدعى عليها إلى أن تم طرده دون مبرر، والتمس الحكم بالتعويضات المترتبة على ذلك، وبعد إتمام البحث والإجراءات أصدرت المحكمة الابتدائية حكما قضى لفائدة المدعي بمجموعة من التعويضات، استأنفته المطلوبة لتصدر محكمة الاستئناف قرارها القاضي بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من تعويض عن الفصل والإخطار والضرر وبعد التصدي الحكم برفضها وبتأييده في الباقي مع خصم مبلغ 57797 درهم من باقي التعويض المحكوم به، وهو القرار المطعون فيه.

في شأن الوسيلة الثالثة للطعن بالنقض:

ويعيب الطالب على القرار المطعون فيه نقصان التعليل الموازي لانعدامه وانعدام الأساس القانوني، ذلك أن المحكمة اعتبرت أن تمكين المستأنف عليه من وصل تصفية الحساب يفيد قبول المستأنفة لاستقالة المستأنف عليه، مع أن الوصل هو مجرد توصيل بالمبالغ المضمنة به ولا يمكن تحميله أكثر مما يتحمله كوسيلة إثبات، كما يتضح من وثائق الملف أن وصل تصفية الحساب تم توقيعه يوم 2013/11/8 أي في نفس يوم تاريخ إنجاز محضر الاستماع، وتم إصدار مقرر الفصل بتاريخ 2013/11/11 بينما كان مفعول الاستقالة هو 2013/11/8، وأن هذا تمت إثارته أمام محكمة الاستئناف دون أن تجيب عنه مما يعرض القرار للنقض.

حيث ثبت صحة ما نعته الطالب على القرار المطعون فيه ذلك أنه بالرجوع إلى وثائق الملف ومستنداته فإن موقف المحكمة المؤسس على كون وصل تصفية الحساب وتسليمه للأجير بعد تقديم استقالته هو قبول لها هو موقف غير مرتكز على أساس لسببين: أولهما أن المطلوبة اتخذت مقررا للفصل في حق الطالب بتاريخ لاحق لتقديم الاستقالة إذ أن هذه الأخيرة قدمت بتاريخ 2011/11/8 في حين أن مقرر الفصل اتخذ بتاريخ 2012/11/11 وهو ما يعني عدم قبول الاستقالة المقدمة من طرف الطالب، واستمرارية علاقة الشغل معها، وثانيهما إن وصل تصفية الحساب يمنح للأجير كيفما كانت طبيعة إنهاء العلاقة الشغلية طبقا للمادة 73 من مدونة الشغل، والمحكمة بتجاوزها لكل ما ذكر أعلاه يكون قرارها معرضا للنقض.

وبصرف النظر عما أثير في باقي الوسائل.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض بنقض القرار المطعون فيه.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيدة مليكة بنزاهير بصفتها **رئيسة**، والمستشارين السادة: انس لوكيلي **مقررا** ومرية شيحة والمصطفى مستعيد والعربي عجابي **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد علي شفقي، وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد سعيد احماموش.

القرار عدد 228
الصادر بتاريخ 13 مارس 2018
في الملف الاجتماعي عدد 2017/1/5/1092

طعن بالاستئناف – أثر ناشر – عدم إرجاع الملف إلى المحكمة الابتدائية للبت فيه من جديد.

إن المحكمة المطعون في قرارها لما بتت في القضية بعد أن تبث لديها أن المحكمة الابتدائية فصلت في موضوع الدعوى، وأن المدعى عليها "الطالبة حاليا" توصلت بالاستدعاء بصفة قانونية ولم تتقدم بأي جواب في الموضوع، وانتهت عن حق إلى أن طلب إرجاع الملف إلى المحكمة الابتدائية للبت فيه من جديد لا مبرر له، اعتبارا منها للأثر الناشر للاستئناف، يكون قرارها معللا تعليلا كافيا وغير خارق لأي مقتضى قانوني.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق القضية، ومن القرار المطعون فيه أن المدعي تقدم بمقال يعرض فيه أنه شرع في العمل لدى المدعى عليها منذ 2008/07/01 إلى أن تم طرده بصفة تعسفية في 2015/01/02 ولأجل ذلك التمس الحكم له بالتعويضات المترتبة عن ذلك وبعد فشل محاولة الصلح بين الطرفين وانتهاء الإجراءات المسطرية أصدرت المحكمة الابتدائية حكمها القاضي على المدعى عليها بأدائها لفائدة المدعي مجموعة تعويضات. استأنفه الطرفان فقضت محكمة الاستئناف بتأييد الحكم المستأنف في جميع ما قضى به مع تعديله وذلك

بتخفيض التعويضات عن الأجرة وعن الإخطار وعن الفصل وعن الضرر وبرفع التعويض عن العطلة السنوية، وهو القرار موضوع الطعن بالنقض.

في شأن وسيلة النقض الوحيدة:

تعيب الطاعنة على القرار المطعون فيه، خرق القانون وفساد التعليل الموازي لانعدامه، إذ أنها ما فتئت تدفع أمام محكمة الاستئناف من أن فرصة ملف النازلة فاتتها للأسباب التي بينتها في مذكرة بيان أوجه الاستئناف وأوضحت أن شهادة التسليم التي اعتمدت عليها الحكم الابتدائي لا تتوفر على البيانات الإلزامية مما جعلها خارقة للفصول 37–38–39 من ق.م.م الشيء الذي أدى إلى حرمانها من الجواب عن المقال الافتتاحي وفوت عليها فرصة التقاضي أمام المحكمة الابتدائية وطالبت بإرجاع الملف إلى المحكمة الابتدائية لمناقشته من جديد مادامت محكمة الاستئناف لا تتوفر على العناصر الضرورية والحاسمة للبث، وأن محكمة الاستئناف فضلت الاحتفاظ بالملف لتبت فيه على الحالة التي كان عليه معتمدة على مقتضيات الفصل 146 من ق.م.م حجتها الوحيدة أن الدعوى تنشر من جديد أمام محكمة الاستئناف ولا حاجة لإرجاع الملف إلى المحكمة الابتدائية، وأن الطالبة ركزت أوجه استئنافها أمام المحكمة الابتدائية على شهادة التسليم الغير القانونية وأن محكمة الاستئناف لم تناقش بيانات شهادة التسليم المطعون فيها، كما أن اعتمادها على الفصل 146 من ق.م.م في غير محله لأنه لا يمكن اعتماد الفصل المذكور إلا إذا كانت محكمة الاستئناف ستلغي أو تتصدى لما جاء في الحكم المستأنف، وأنها لم تكن تتوفر على أي مذكرة للطالبة، مما يتعين معه نقض القرار.

لكن، حيث إن الطالبة لم تبين في الوسيلة البيانات الإلزامية التي لا تتوفر عليها شهادة التسليم المعتمدة في الحكم الابتدائي ووجه الخرق لمقتضيات المواد 37–38–39 من قانون المسطرة المدنية هذا **من جهة، ومن جهة ثانية** وباعتبار الأثر الناشر للاستئناف فإن المحكمة المطعون في قرارها بتت في القضية بعد أن

تبث لديها أن المحكمة الابتدائية بتت في موضوع الدعوى وأن المدعى عليها "الطالبة حاليا" توصلت بالاستدعاء بصفة قانونية ولم تتقدم بأي جواب في الموضوع وانتهت وعن حق إلى أن طلب إرجاع الحكم إلى المحكمة الابتدائية للبت فيه من جديد لا مبرر له، وأن ما عللت به المحكمة قرارها حول حق التصدي طبقا للفصل 146 من ق.م.م فإنه من باب التزيد الذي يستقيم القرار بدونه ويكون بذلك ما انتهى إليه القرار المطعون فيه معللا تعليلا كافيا وغير خارق لأي مقتضى قانوني والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيسة الغرفة السيدة مليكة بنزاهير **رئيسة**، والمستشارين السادة: العربي عجابي **مقررا** ومرية شيحة ومصطفى مستعيد وانس لوكيلي **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد علي شفقي، وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد سعيد احماموش.

القرار عدد 247
الصادر بتاريخ 13مارس 2018
في الملف الاجتماعي عدد 2017/1/5/441

علاوة الأقدمية – تقادمها.

إن المحكمة لما قضت بالتعويض عن علاوة الأقدمية في حدود المدة التي لم يطلها التقادم المنصوص عليه في المادة 395 من نفس المدونة، خصوصا وأن الطالب لم يدل بما يثبت خلاف ذلك، يكون قرارها معللا تعليلا سليما.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق القضية، ومن نسخة القرار المطعون فيه الصادر عن محكمة الاستئناف بالدار البيضاء المشار إلى مراجعه أعلاه، أن الطالب تقدم بمقال، عرض من خلاله أنه كان يشتغل لفائدة المطلوبة منذ شهر يوليوز من سنة 2004، وأنه منذ ذلك التاريخ لم يستفد من التعويض عن علاوة الأقدمية والعطلة السنوية، ولم يتم التصريح به لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي، ملتمسا الحكم له بالتعويض عن علاوة الأقدمية والعطلة السنوية ومنحة القفة والكراء والتنقل، وعدم الاستفادة من خدمات الصندوق المهني، فأجابت المطلوبة بأن الطالب لم يبدأ معها الشغل كأجير رسمي إلا ابتداء من 2012/07/01، وليس من شهر يوليوز من سنة 2004، وأنه كان يستفيد من العطلة السنوية، وأنها غير ملزمة بأداء منحة القفة، والكراء، والتنقل، كما أنها غير ملزمة بالتصريح بأجرائها لدى الصندوق المهني للتقاعد، ملتمسة التصريح بسقوط الطلب للتقادم، وبعد التعقيب والرد، أصدرت المحكمة الابتدائية

حكمها القاضي على المطلوبة بأدائها التعويض عن العطلة السنوية ورفض باقي الطلب، استأنفه الطالب وبعد الجواب، أصدرت محكمة الاستئناف، قرارها القاضي بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من رفض طلب التعويض عن علاوة الأقدمية، والحكم من جديد على المطلوبة بأداء مبلغ 9.672.00 درهم عنها، وتأييده في الباقي، مع تعديله بالرفع من التعويض عن العطلة السنوية إلى مبلغ 5.580.00 درهم، وهو القرار محل الطعن بالنقض.

في شأن وسائل النقض الثلاثة مجتمعة:

يعيب الطاعن على القرار المطعون فيه، فساد التعليل الموازي لانعدامه، وخرق مقتضيات المواد 15 و16 و17 من مدونة الشغل، وفساد التعليل، ذلك أن المحكمة مصدرته اعتبرت العقود المبرمة بينه وبين المطلوبة عقود شغل مؤقتة، ولا مجال لتطبيق مقتضيات المادتين 16 و17 من مدونة الشغل، رغم أن عقود الشغل المؤقتة لا تبرم إلا من طرف مقاولات التشغيل المؤقت، كما أن عقود الشغل المدلى بها لا تتوفر على الشكليات القانونية المطلوبة طبقا للمادة 15 من مدونة الشغل، لأن توقيع المطلوبة غير مصادق على صحة إمضائه لدى السلطات المختصة، ولا يوجد أي دليل على تحريره في نظيرين، وأن لا يمكن إبرام عقود شغل محددة المدة إلا في إطار المادتين 16 و17 من مدونة الشغل، وفي غيرها من الحالات يكون العقد غير محددة المدة وأن المطلوبة بإقرارها بكون الطالب لم يلتحق بالشغل لديها إلا سنة 2012 تكون قد اعترفت ضمنيا بعدم أداء التعويض عن منحة الأقدمية والعطلة السنوية، وهدمت قرينة الوفاء، مما يجعل القرار فاسد التعليل يوازي انعدامه، ومعرضا للنقض.

لكن، خلافا لما نعاه الطاعن على القرار، **فمن جهة أولى**، فإنه بغض النظر عن التكييف الذي أعطته المحكمة لعقود الشغل المدلى بها، فإنها أخذت بعين الاعتبار مدة الشغل السابقة عن سنة 2012 في احتساب علاوة الأقدمية، فقضت

له بالتعويض عن السنتين الأخيرتين، إعمالا لمقتضيات المادة 395 من مدونة الشغل، و لم يكن لعملية تكييف العقد أي أثر سلبي على ما قضت به، و لم يلحق به أي ضرر جراء ذلك، ولا بطلان حيث لا ضرر، فتكون الوسيلة على غير أساس.

ومن جهة ثانية، فإن المحكمة بتطبيقها قرينة التقادم المنصوص عليها بالمادة 395 من مدونة الشغل تكون قد عللت قرارها تعليلا سليما، خصوصا وأن الطالب لم يدل بما يثبت خلاف ذلك، الأمر الذي تبقى معه الوسيلة غير مرتكزة على أساس.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه، بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من رئيسة الغرفة السيدة مليكة بنزاهير **رئيسة**، والمستشارين السادة: عمر تيزاوي **مقررا** ومرية شيحة، ومصطفى مستعيد، وأنس لوكيلي **أعضاء**، وبمحضر **المحامي العام** السيد علي شفقي، وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد سعيد احماموش.

القرار عدد 263
الصادر بتاريخ 20 مارس 2018
في الملف الاجتماعي عدد 2017/1/5/2213

مقاولات التشغيل المؤقت – تمييزها عن وكالات الوساطة في التشغيل – طبيعة العلاقة التي تربطها بالأجراء.

يجب التمييز بين وكالات التشغيل الخصوصية المختصة في الوساطة في التشغيل المنصوص عليها بالمادة 477 من مدونة الشغل والتي تستلزم ممارستها لهذه المهمة الحصول على ترخيص من السلطة الحكومية المكلفة بالتشغيل، وبين مقاولات التشغيل المؤقت المنصوص عليها بالمادة 495 من المدونة، ذلك أن وكالات الوساطة في التشغيل لا تربطها أي علاقة تبعية بالأجراء الذين تتوسط في تشغيلهم مجانا، في حين أن العلاقة بين مقاولات التشغيل المؤقت والأجراء تكون مباشرة.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

حيث يستفاد من أوراق القضية، أن المدعي–المطلوب– تقدم بمقال يعرض فيه أنه كان يشتغل مع المدعى عليه إلى أن تم طرده دون مبرر، والتمس الحكم بالتعويضات المترتبة على ذلك، وبعد إتمام البحث والإجراءات أصدرت المحكمة الابتدائية حكما قضى لفائدة المدعي بمجموعة من التعويضات، استأنفه الطرفان لتصدر محكمة الاستئناف قرارها القاضي بإلغاء الحكم المستأنف فيما قضى به من تعويض عن الأقدمية والحكم تصديا برفضه وتأييده في الباقي. وهو القرار المطعون فيه.

في شأن وسيلتي الطعن بالنقض:

تعيب الطالبة على القرار المطعون فيه انعدام التعليل وإهمال حجج وعدم الارتكاز على أساس، ذلك أنها وخلال سائر مراحل الدعوى نازعت في صحة شهادة الشاهدين (م.ت) و(ع.و)، وأثبتت بمحضر معاينة أن الأول وخلافا لما صرح به أمام المحكمة لم يسبق له الاشتغال لدى شركة الخطوط الملكية المغربية، كما أن الشاهد الثاني غادرها منذ 2012/1/23، وأن المحكمة لم تجب على ما أثير رغم ما لذلك من تأثير على قضائها، مما يعرض قرارها للنقض.

وتعيب الطالبة على القرار المطعون فيه خرق مقتضيات المواد 495 وما يليها من م.ش وسوء تطبيق القانون وخرق قواعد الإثبات ونقصان التعليل، ذلك أنها تمارس نشاطها كوسيط في التشغيل المؤقت في إطار أحكام الباب الثاني من الكتاب الرابع لمدونة الشغل الخاص بالوساطة في الاستخدام وتشغيل الأجراء، وأن المحكمة اعتبرت أن الأصل في العقود هي أن تكون عقودا محددة المدة أو أن العقود المحددة المدة تكون محصورة في الحالات المنصوص عليها في المادتين 16 و17 من م.ش، دون الاطلاع على مقتضيات المواد 496 وما يليها من المدونة، كما أن المحكمة اعتبرت أنها هي الملزمة بإثبات طبيعة العلاقة الشغلية والحال أن الأجير هو الملزم بإثبات استرسال العلاقة الشغلية وعدم انقطاعها وإثبات تاريخ التحاقه بالعمل، وأنها أثارت واقعة انقطاع العلاقة الشغلية بينها وبين الأجير واشتغاله لدى مشغلين آخرين كما نازعت في تاريخ الدخول إلى العمل و أدلت بأصل عقد عمل مؤقت لم ينازع في صحته الأجير، والقرار بتجاوزه لذلك يكون معرضا للنقض.

لكن، حيث إنه وخلافا لما تدعيه الطاعنة فإن المطلوب في النقض ما دام هو الملزم بإثبات العلاقة الشغلية واستمرارها، فإنه قد أثبت ذلك بواسطة الشاهدين (م.ب) و(ع.و)، بجلسة البحث المنجز ابتدائيا واللذان أكدا أنه اشتغل

لدى الطاعنة منذ 2007، وهو ما أقر به الممثل القانوني للطاعنة بنفس الجلسة حيث أكد أن المطلوب في النقض وقع عقدين طيلة المدة مؤكدا أن العمل ظل مسترسلا منذ بداية العمل إلى نهايته، والمحكمة لما اعتمدت تصريحات الشاهدين أعلاه واللذين لم يتم التجريح فيهما قبل أدائهما اليمين القانونية وأداء الشهادة وفق مقتضيات الفصل 80 من قانون المسطرة المدنية، خاصة وأن محضري إثبات حال المدلى بهما لم يظهرا بعد أداء الشهادة بل كان بإمكان الطاعنة إثباتها قبل أداء الشهادة. والمحكمة لما لم تجب على هذا الدفع تكون قد ردته ضمنيا لهذا السبب. أما بخصوص الدفع بخرق المادة 495 من مدونة الشغل، فإنه يجب التفريق بين وكالات التشغيل الخصوصية المختصة في الوساطة في التشغيل المنصوص عليها بالمادة 477 من مدونة الشغل والتي تستلزم ممارستها لهذه المهمة على لترخيص من السلطة الحكومية المكلفة بالتشغيل، وبين مقاولات التشغيل المؤقت المنصوص عليها بالمادة 495 من المدونة، ذلك أن وكالات الوساطة في التشغيل لا تربطها أي علاقة تبعية بالأجراء الذين تتوسط في تشغيلهم مجانا. في حين أن العلاقة بين مقاولات التشغيل المؤقت والأجراء تكون مباشرة حيث جاء بالمادة 495 من مدونة الشغل التي جاء فيها: "يقصد بمقاولات التشغيل المؤقت كل شخص اعتباري مستقل عن السلطة العمومية، يقتصر عمله على ممارسة النشاط المشار إليه بالفقرة "ج" من المادة 477 أعلاه والتي جاء فيها: "تشغيل أجراء بهدف وضعهم، مؤقتا، رهن إشارة شخص ثالث يسمى (المستعمل) يحدد مهامهم ويراقب تنفيذها". تشغل مقاولة التشغيل المؤقت هؤلاء الأجراء، مع أداء أجورهم، والوفاء بكل الالتزامات القانونية الناشئة عقد العمل". والطاعنة لما كانت تدخل في خانة مقاولات التشغيل المؤقت، فإن المطلوب في النقض قد أثبت أنه اشتغل لديها بصفة مستمرة منذ 2007 وفق شهادة الشهود والتصريح لدى الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي منذ (2007/11/01) والطاعنة لم تنف أنها هي من كانت تؤدي للمطلوب في النقض أجرته والعطلة السنوية وعلاوة

الأقدمية وواجبات الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي. وهو ما يبقى معه القرار المطعون فيه سليما فيما انتهى إليه وغير خارق لأي مقتضى من المقتضيات المستدل بها والوسيلتان لا سند لهما. ويحل هذا التعليل محل التعليل المنتقد.

لهذه الأسباب

قضت محكمة النقض برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي في الجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض بالرباط ، وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيدة مليكة بنزاهير بصفتها **رئيسة،** والمستشارين السادة: انس لوكيلي **مقررا** والمصطفى مستعيد والعربي عجابي وعمر تيزاوي **أعضاء،** وبمحضر **المحامي العام** السيد علي شفقي، وبمساعدة **كاتب الضبط** السيد سعيد احماموش.

الجزء السادس

قرارات الغرفة الجنائية

القرار عدد 145
الصادر بتاريخ 07 فبراير 2018
في الملف الجنحي عدد 2016/4/6/16948

جريمة التزوير في الطوابع – مفهوم مصطلح "الوطنية" الوارد بالفصل 343 من ق.ج.

إن مصطلح "الوطنية" الوارد بالفصل 343 من ق.ج لا ينصرف إلى أن جريمة التزوير في الطوابع تسري على الوثائق الصادرة عن الدولة المغربية دون الوثائق الأجنبية، وإنما يقصد به كل الطوابع التي تصدر باسم الدولة وعن السلطات والإدارات التابعة لها بشكل عام سواء داخل المملكة أو خارجها، وذلك لتمييزها عن أختام الدولة وعن غيرها من الوثائق التي يطالها التزوير، والتي لا تعتبر صادرة عن السلطات والإدارات التابعة للدولة، والمحكمة لما أيدت الحكم الابتدائي الذي أعاد التكييف من جناية التزوير في أختام الدولة إلى جناية تزييف طوابع وطنية طبقا للفصل 343 من القانون الجنائي، فإنها تكون قد تبنت تعليله الذي جاء فيه بأنه بالرغم من أن تلك الوثائق أجنبية فإنها تدخل تحت طائلة الفصل 343 من القانون الجنائي، وبذلك تكون قد عللت قرارها تعليلا قانونيا.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على طلب النقض المرفوع من المتهم (م.ا)، بمقتضى تصريح أفضى به بتاريخ 20 ماي 2016 أمام مدير السجن المحلي عين السبع الدار البيضاء، الرامي إلى نقض القرار الصادر عن غرفة الجنايات الاستئنافية بمحكمة الاستئناف

بالمدينة المذكورة بتاريخ 19 ماي 2016 تحت عدد 939 في القضية ذات العدد 2016/2612/375، والقاضي مبدئيا بتأييد القرار المستأنف المحكوم عليه بمقتضاه من أجل التزوير في وثائق رسمية وعرفية ومحررات بنكية واستعمالها والتزوير في أختام الدولة وحيازة بضاعة بدون سند صحيح والمشاركة والاتجار في المخدرات والشيرا والكوكايين طبقا للفصل 343 عوض الفصول 342 و354 و357 و360 من القانون الجنائي وظهير 74/5/21 ومدونة إدارة الجمارك بخمس سنوات سجنا وإتلاف الوثائق المزورة والمخدرات المحجوزة ومصادرة المبلغ المالي لفائدة الخزينة العامة وباقي المحجوز لفائدة إدارة الجمارك، وبأدائه لفائدة إدارة الجمارك ذعيرة مالية قدرها 120000.00 درهم مع تعديله، وذلك بإدانة المتهم من أجل ما نسب إليه بعد إعادة تكييف التزوير في أختام الدولة إلى جناية تزييف طوابع وطنية طبقا للفصل 343 من القانون الجنائي وإعادة تكييف جنحة الاتجار في المخدرات إلى جنحة محاولة الاتجار فيها طبقا للفصل 114 من القانون الجنائي والفصل 5 من ظهير 1974/5/21 وبرفع العقوبة المحكوم بها عليه إلى ست سنوات سجنا وبتتميمه بالحكم على المتهم بأدائه لإدارة الجمارك والضرائب غير المباشرة مبلغ 40000.00 درهم الذي يعادل مرة واحدة قيمة جسم الجريمة.

إن محكمة النقض/

بعد أن تلا المستشار السيد بوشعيب توتاوي التقرير المكلف به في القضية.

وبعد الإنصات إلى المحامي العام السيد محمد مفراض في مستنتجاته.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن الطاعن لبيان أوجه النقض بإمضاء الأستاذة (خ.م) المحامية بهية الدار البيضاء، والتي إن لم تشر في عريضة النقض أنها مقبولة أمام محكمة النقض فإنه تبت من خلال القرار المطعون فيه أنها آزرت المتهم خلال المرحلة الاستئنافية.

في شأن وسيلتي النقض الأولى والثانية مجتمعتين والمتخذة أولاهما من خرق القرار لمقتضيات المادة 364 من قانون المسطرة الجنائية، ذلك أن الطاعن يعيب على المحكمة إعادتها تكييف الأفعال المنسوبة له دون تعليل.

والمتخذة ثانيتهما من كون التزوير الذي قام به طال الوثائق الأجنبية وليست التي صادرة عن السلطات المغربية وأن القرار موضوع الطعن لا يتضمن الإشارة إلى قيام العارض بتزوير الطوابع الوطنية أو أية وثيقة وطنية بل الأمر في مجمله كان يتمحور حول اعترافاته بالتزوير في الوثائق الأجنبية التي لا علاقة لها بالسيادة المغربية، وبذلك يكون الأساس الذي ارتكزت عليه المحكمة لتطبيق الفصل 343 من القانون الجنائي بعد إعادة التكييف مجانبا للصواب وهو ما يعرض القرار للنقض والإبطال.

لكن، حيث إن كلمة "الوطنية" الواردة بالفصل 343 من ق.ج لا تنصرف إلى أن جريمة التزوير في الطوابع تسري على الوثائق الصادرة عن الدولة المغربية دون الوثائق الأجنبية، وإنما يقصد بها كل الطوابع التي تصدر باسم الدولة وعن السلطات والإدارات التابعة لها بشكل عام سواء داخل المملكة أو خارجها وذلك لتمييزها عن أختام الدولة وعن غيرها من الوثائق التي يطالها التزوير والتي لا تعتبر صادرة عن السلطات والإدارات التابعة للدولة، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم الابتدائي الذي أعاد التكييف من جناية التزوير في أختام الدولة إلى جناية تزييف طوابع وطنية طبقا للفصل 343 من القانون الجنائي، فإنها تكون قد تبنت تعليله الذي جاء فيه بأنه بالرغم من أن تلك الوثائق أجنبية فإنها تدخل تحت طائلة الفصل 343 من القانون الجنائي، وبذلك تكون قد عللت قرارها تعليلا قانونيا استنادا للفصل 343 من ق.ج المذكور فجاء غير خارق لأي مقتضى قانوني والوسيلتان على غير أساس.

في شأن الوسيلة الثالثة والمتخذة من خرق مقتضيات الفصل 114 من القانون الجنائي، ذلك أنه بالرجوع إلى معطيات النازلة وإلى القرار موضوع

الطعن الحالي يتضح بصفة جلية أنه ليس هناك أي فعل صادر عن المتهم يشكل بدءا وشروعا في التنفيذ، وأن ما يعزز ذلك تصريحات الطاعن الذي نفى خلال سائر مراحل المسطرة تملكه لمادة المخدرات وأكد أن الغرفة التي ضبط بها المخدر هي غرفة مستقلة عن غرفته مما يتضح معه أن عنصر المحاولة منتف في نازلة الحال، وأن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما أعملت مقتضيات الفصل المذكور، تكون قد خرقت القانون وهو ما يعرضه للنقض والإبطال.

لكن، حيث إن المحكمة المطعون في قرارها لما أدانت الطاعن من أجل محاولة الاتجار في المخدرات فإنها استندت في ذلك إلى اعترافه تمهيديا بكون المخدرات التي عثر عليها بمنزله والتي بلغ وزنها 20 غراما من الكوكايين هي من أصل 40 غراما سبق أن تزود بها من شخص نيجيري الجنسية حيث استهلك جزءا منها وكان ينوي ترويج الكمية المتبقية بالملاهي الليلية التي يتردد عليها بثمن 600 درهم للغرام الواحد، أما مخدر الشيرا الذي يصل وزنه إلى 700 غرام فقد تزود بها من شخص يسمى (م) وكان ينوي ترويجها بثمن 20 درهما للغرام الواحد لزبنائه بالملاهي الليلية، الأمر الذي لم تخرق معه أي مقتضى قانوني والوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت برفض الطلب المرفوع من المسمى (م.ا) ضد القرار الصادر عن غرفة الجنايات الاستئنافية بمحكمة الإستئناف بالدار البيضاء بتاريخ 19 ماي 2016 تحت عدد 939 في القضية ذات العدد 2016/2612/375.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض الكائنة بشارع النخيل حي الرياض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السيد: حميد الوالي **رئيسا** والسادة المستشارين: بوشعيب توتاوي **مقررا**، الجيلالي بن الديجور، عبد الرزاق الكندوز، أحمد المثني وبحضور **المحامي العام** السيد محمد مفراض الذي كان يمثل النيابة العامة وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة حفيظة الغراس.

القرار عدد 906
الصادر بتاريخ 24 ماي 2018
في الملف الجنائي عدد 2017/9/6/14502

معدات إلكترونية – عدم العلم بمحتوياتها وبالغرض الذي تستعمل من أجله – انتفاء عناصر المشاركة.

إن المحكمة لما قضت ببراءة المطلوبة في النقض من المنسوب إليها اعتمادا في ذلك على إنكارها تمهيديا وأمام المحكمة علمها بمحتويات المعدات الالكترونية المحجوزة بمنزلها، والتي تخص ابنها الذي يستغلها في أعماله، وعدم علمها بكيفية اشتغالها بسبب جهلها للقراءة والكتابة، وأن الاشتراك في خدمة الانترنيت باسمها واستغلاله من طرف ابنها دون علمها بأنه يستغله في أفعاله الإجرامية، لا يشكل عناصر المشاركة في الأفعال المنسوبة إليها، تكون بذلك قد أبرزت دواعي عدم اقتناعها بارتكابها لما نسب إليها، وجاء قرارها معللا تعليلا سليما.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على طلب النقض المرفوع من وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالخميسات بمقتضى تصريح سجل بكتابة الضبط بها بتاريخ 16 يناير 2017، والرامي إلى نقض القرار الصادر عن غرفة الاستئنافات بالمحكمة المذكورة بتاريخ 10 يناير 2017 تحت عدد 2017/1 في القضية ذات العدد 2016/2102/269، والقاضي بإلغاء الحكم المستأنف المحكوم بمقتضاه على المطلوبة في النقض (ي.ا)

من أجل المشاركة في تقديم خدمة مواصلات دون ترخيص بستة أشهر حبسا موقوف التنفيذ وغرامة نافذة قدرها عشرة آلاف درهم ومن أجل المشاركة في اختلاس خطوط مواصلات بغرامة نافذة قدرها خمسة آلاف درهم ومن أجل المشاركة في سرقة قوى ذات قيمة اقتصادية بغرامة نافذة قدرها ألف (1000) درهم وبأدائها تضامنا مع المحكوم عليهما معها لفائدة المطالبة بالحق المدني تعويضا قدره 178168.73، والحكم من جديد ببراءتها من المنسوب إليها وعدم الاختصاص للبت في المطالب المدنية في مواجهتها. وبتأييده مبدئيا فيما قضى به على المطلوبين في النقض (ه.ا) من أجل تقديم خدمة مواصلات دون ترخيص بسنتين حبسا وغرامة قدرها خمسون ألف درهم نافذين ومن أجل اختلاس خطوط مواصلات بغرامة نافذة قدرها خمسون ألف درهم ومن أجل اختلاس قوى ذات قيمة اقتصادية بغرامة نافذة قدرها ألفا درهم و(م.ب) من أجل المشاركة في تقديم خدمة مواصلات بدون ترخيص بسنة ونصف حبسا وغرامة قدرها عشرة آلاف درهم نافذين ومن أجل المشاركة في اختلاس خطوط المواصلات بغرامة نافذة قدرها عشرة آلاف درهم ومن أجل المشاركة في اختلاس قوى ذات قيمة اقتصادية بغرامة نافذة قدرها ألفا درهم وذلك بعد إعادة التكييف وبأدائهما تضامنا بينهما لفائدة المطالبة بالحق المدني تعويضا قدره 178168.73 مع تعديله بخفض العقوبة الحبسية المحكوم بها على كل واحد منهما إلى ستة أشهر حبسا نافذا وخفض التعويض المحكوم به إلى مبلغ مائة ألف درهم.

أن محكمة النقض/

بعد أن تلا المستشار السيد احمد المثني التقرير المكلف به في القضية.

وبعد الإنصات إلى المحامي العام السيد محمد الحيمر في مستنتجاته.

وبعد المداولة طبقا للقانون،

نظرا للمذكرة المدلى بها من لدن طالب النقض لبيان أوجه الطعن بإمضائه.

في شأن الوسيلة الوحيدة المستدل بها على النقض والمتخذة من نقصان التعليل الموازي لانعدامه، ذلك أن الطاعن يعيب على المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه تبرءها للمطلوبة في النقض (ي.ا) من المنسوب إليها بعلة عدم إبراز الحكم المستأنف عنصر العلم المتطلب لقيام عناصر المشاركة والحال أن المتهمة صرحت أمام المحكمة ابتدائيا أن الأجهزة المحجوزة التي أدخلها ابنها (م.ا) تكلف بتثبيتها بمترلها وبالضبط بالبهو بالطابق العلوي وشرح لابنها الآخر كيفية تشغيلها وأنه أحضر التجهيزات قصد إنجاز مشروع مع شركة (...) وأن تراجعها عن فحوى تصريحاهًا التمهيدية من تواجد المحجوزات داخل غرفة ابنها (ه.أ)، والحال أنه تم ضبطها بالبهو يؤكد علمها المسبق بكون تلك الأجهزة معدة لاختلاس المكالمات الدولية وأن قيامها بتقديم خدمة الانترنيت الذي يبقى عقد اشتراكها في اسمها لباقي المتهمين قصد تنفيذ مشروعهم يشكل مساعدة في إتيان أفعالهم المخالفة للقانون، والمحكمة بعدم مراعاهًا ذلك تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا يوازي انعدامه وهو ما يعرضه للنقض والإبطال.

لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما قضت ببراءة المطلوبة في النقض من المنسوب إليها اعتمدت في ذلك على إنكارها تمهيديا وأمام المحكمة علمها بمحتويات المعدات الالكترونية المحجوزة بمترلها والتي تخص ابنها (ه.أ) والذي يستغلها في أعماله وعدم علمها بكيفية اشتغالها للأغراض التي تستعمل من أجلها بسبب جهلها للقراءة والكتابة، وأن الاشتراك في خدمة الانترنيت باسمها واستغلاله من طرف ابنها دون علمها بأنه يستغله في أفعاله الإجرامية لا يشكل عناصر المشاركة في الأفعال المنسوبة إليها، فتكون بذلك قد أبرزت دواعي عدم اقتناعها بارتكابها لما نسب إليها وجاء قرارها معللا تعليلا سليما وتبقى الوسيلة على غير أساس.

لهذه الأسباب

قضت برفض الطلب المرفوع من وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية بالخميسات ضد القرار الصادر عن غرفة الاستئنافات بها بتاريخ 10 يناير 2017 تحت عدد 2017/1 في القضية ذات العدد 2016/2102/269.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض الكائنة بشارع النخيل حي الرياض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: التهامي الدباغ **رئيسا** والمستشارين: احمد المثني **مقررا** وعبد الواحد الراوي والحسين افقيهي ونعيمة مرشيش، وبمحضر **المحامي العام** السيد محمد الحيمر الذي كان يمثل النيابة العامة وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة سناء الشرقاوي.

القرار عدد 13
الصادر بتاريخ 04يناير 2018
في الملف الجنحي عدد 2998-2017/11/6/2997

جنحة انتزاع عقار من حيازة الغير – محضر التنفيذ – حجيته.

إن المحكمة لما استندت في إدانتها للمتهم الطاعن إلى ما ثبت لديها من ثبوت الحيازة المادية للطرف المشتكي في المدعى فيه وفق ما هو وارد في عدة أحكام قضائية صادرة في الموضوع وإلى محضر التنفيذ، والذي بمقتضاه تم تمكين المشتكية من العقار موضوع النزاع، والذي يعتبر سند للحيازة الهادئة، وهو بهذا الخصوص حجة في مواجهة أطرافه والأغيار، ولا يمكن دحض حجيته إلا بمقتضى سند يفيد نقل هذه الحيازة من يد المنفذ له إلى الغير، وليس بناء على شهادة الشهود، تكون بذلك المحكمة قد استعملت سلطتها في تقييم وتقدير الحجج والأدلة المعروضة عليها وتكوين قناعتها، وأبرزت عناصر الفصل 570 من القانون الجنائي، وجاء قرارها معللا تعليلا قانونيا وسليما.

رفض الطلب

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على طلب النقض المقدم من المتهمين (ع.ا)، (ا.أ) بمقتضى تصريح أفضى به لدى كاتب الضبط بالمحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 2016/10/14 بواسطة دفاعهما الأستاذ (ل)، والرامي إلى نقض القرار الصادر عن غرفة الجنح الاستئنافية بالمحكمة المذكورة بتاريخ 2016/10/12 في القضية عدد 2016/2802/76، والقاضي بتأييد الحكم الابتدائي المحكوم بمقتضاه على كل واحد من المتهمين بشهر واحد حبسا موقوف التنفيذ وغرامة نافذة قدرها 500 درهم

عن جنحة انتزاع عقار من حيازة الغير وبأدائهما بالتضامن لفائدة المطالبة بالحق المدني (ل.أ) تعويضا مدنيا قدرها 3000 درهم مع تحميلهما الصائر والإجبار في الأدنى.

إن محكمة النقض/

بعد أن تلا المستشار السيد محمد الغزاوي تقريره في القضية.

وبعد الإنصات إلى المحامي العام السيد محمد جعبة في مستنتجاته.

وبعد المداولة طبقا للقانون.

نظرا للمذكرة المدلى بها من طرف الطالب اعلاه بإمضاء الأستاذ (م.ش) المحامي بهيئة المحامين بمراكش والمقبول للترافع أمام محكمة النقض والمتوفرة على الشروط الشكلية المتطلبة قانونا.

في شأن وسائل النقض مجتمعة والمتخذة من انعدام التعليل وعدم إبراز الوسائل التي تم انتزاع الحيازة، ذلك أنه تم الاستماع ابتدائيا لإفادة الشاهد (ح.ش) الذي أفاد بأن المشتكية لم يسبق لها أن حازت البقع الفلاحية المتنازع حوله أولا تصرفت فيها بأي وجه من أوجه التصرف وأنه هو من استصدر حكما قضى باستحقاقه لتلك البقع وباشر إجراءات التنفيذ، وهو من أذن لطالبي النقض حاليا بالتصرف في العقارات المذكورة وإبقاء الحيازة التي كانت لهما من قبل بيدهما واستدل بمحضر يفيد أن طالب التنفيذ هو المسمى (ح.ش)، والذي هو من باشر إجراءات التنفيذ بناءا على حكم قضائي بالاستحقاق، والحال أن ما اعتمدته المحكمة من حصول عملية التنفيذ للمطالبة بالحق المدني هو مجرد محضر إخباري لم يتمكن مأمور إجراءات التنفيذ من القيام بمواصلات التنفيذ، وبالتالي فهو مجرد محضر سلبي لم يتم بموجبه إنزال المشتكية بالعقار موضوع النزاع، وبالتالي لا مجال للقول بثبوت الحيازة المادية لهذه الأخيرة كما أن القرار المطعون فيه شأنه في ذلك شأن الحكم الابتدائي المستأنف لم يبرز الوسائل المادية التي بموجبها انتزعت الحيازة من يد المشتكية، وبالتالي فإن عدم إبراز الوسائل

التي تم بها الانتزاع يدخل في باب انعدام التعليل الموجب للنقض.

حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه شأنها، في ذلك شأن الحكم الابتدائي المؤيد المتبنى علله وأسبابه فقد استندت في إدانتها للمتهم الطاعن إلى ما تبت لديها من ثبوت الحيازة المادية للطرف المشتكي في المدعى فيه وفق ما هو وارد في عدة أحكام قضائية صادرة في الموضوع وإلى محضر التنفيذ والذي بمقتضاه تم تمكين المشتكية للعقار موضوع النزاع والذي يعتبر سند للحيازة الهادئة وهو بهذا الخصوص حجة في مواجهة أطرافه والأغيار ولا يمكن دحض حجيته إلا بمقتضى سند يفيد نقل هذه الحيازة من يد المنفذ له إلى الغير وليس بناءا على شهادة الشهود طالما أن الفصل 570 من القانوني الجنائي إنما شرع لحماية الحيازة المادية دون الحيازة القانونية بمفهوم الملكية، بذلك المحكمة قد استعملت سلطتها في تقييم وتقدير الحجج والأدلة المعروضة عليها وتكوين قناعتها وهي غير مراقبة في ذلك إلا من حيث التعليل، وأبرزت عناصر فصل المتابعة من حيازة مادية وقانونية وانتزاعها من المشتكي بمنعه وفق إفادة المتهمين التمهيدية والقضائية بحضورهما إلى أرض النزاع ومنعهما لسائق الجرار من حرث الأرض بعلة أن الأرض بها نزاع وقد تم هذا المنع بأشخاص متعددين وهو ما يشكل عنصرا من العناصر المتطلبة في المادة 570 من ق.ج مما يغني عن بيان الخلسة والتدليس ولما قضت على النحو المذكور، يكون قرارها قد جاء معللا تعليلا قانونيا وسليما وما جاء في الوسائل على غير أساس.

لأجله

قضت بعد ضم الملف 2998 للملف 2997 برفض الطلب.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض الكائنة بشارع النخيل حي الرياض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: عبد الحكيم ادريسي قيطوني **رئيسا** والمستشارين: محمد الغزاوي **مقررا** وعبد الله بنتهامي والمصطفى بارز ومحمد المختاري، وبحضور **المحامي العام** السيد محمد جعبة الذي كان يمثل النيابة العامة وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة السعدية بنعزيز.

القرار عدد 374
الصادر بتاريخ 06 مارس 2018
في الملف الجنحي عدد 2016/12/6/8457

منع المشتكي من إدخال التيار الكهربائي - اعتباره انتزاعا للحيازة بالعنف.

إن المحكمة لما ألغت الحكم المستأنف، وقضت ببراءة المطلوبين من جنحة انتزاع عقار من حيازة الغير بعلة أن مجرد منعهما للمشتكي من إدخال التيار الكهربائي لا يشكل انتزاعا للحيازة بمفهوم الفصل 570 من القانون الجنائي، والحال أن الجنحة المذكورة تتم بمجرد حرمان الحائز للعقار من حقه في التصرف في عقاره بإحدى الوسائل المنصوص عليها في فصل المتابعة المذكور، وأن منع المشتكي من طرف المطلوبين من إدخال التيار الكهربائي إلى منزله يحد من انتفاعه من حيازته المادية للعقار، علما أن منع حائز العقار من التصرف في عقاره والانتفاع بحيازته، يعتبر انتزاعا للحيازة بالعنف، ويندرج بالتالي ضمن الوسائل المنصوص عليها في فصل المتابعة المذكورة، مما جاء معه قرارها مشوبا بعيب فساد التعليل المنزل منزلة انعدامه.

نقض وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على طلب النقض المرفوع من وكيل الملك بالمحكمة الابتدائية بسيدي قاسم بمقتضى تصريح أفضى به بتاريخ 2016/01/29 لدى كتابة ضبط المحكمة المذكورة، والرامي إلى نقض القرار الصادر عن غرفة الاستئنافات بها بتاريخ 2016/01/20 في القضية ذات العدد 2015/449، القاضي بإلغاء الحكم الابتدائي

المحكوم بمقتضاه بإدانة المطلوبين في النقض (ا.ل) و(ع.ل) من أجل جنحة انتزاع عقار من حيازة الغير ومعاقبة كل واحد منهما بثلاثة أشهر حبسا نافذا وغرامة نافذة قدرها 500 درهم والحكم من جديد ببراءتهما مما نسب إليهما.

إن محكمة النقض/

بعد أن تلا المستشار المقرر السيد المحفوظ سندالي التقرير المكلف به في القضية،

وبعد الإنصات إلى المحامي العام السيد الحسن حراش في مستنتجاته،

وبعد المداولة طبقا للقانون،

نظرا للمذكرة المدلى بها من طرف الطالب أعلاه بإمضائه المستوفية للشروط الشكلية.

في شأن وسيلة النقض الفريدة المتخذة من انعدام التعليل عملا بمقتضيات المادة 370 من قانون المسطرة الجنائية، ذلك أن المحكمة اقتصرت في حكمها على حيثية عدم توفر ركن الانتزاع دون أن تناقش شهادة الشاهدين مما يجعل قرارها منعدم التعليل وعرضة للنقض.

حيث إنه بمقتضى المواد 365، 370 و534 من قانون المسطرة الجنائية يجب أن يكون كل حكم أو قرار أو أمر معللا من الناحيتين الواقعية والقانونية وإلا كان باطلا وأن نقصان التعليل يوازي انعدامه.

وحيث إن المحكمة المصدرة للقرار المطعون فيه، لما ألغت الحكم المستأنف وقضت ببراءة المطلوبين من جنحة انتزاع عقار من حيازة الغير بعلة أن مجرد منعهما للمشتكى من إدخال التيار الكهربائي لا يشكل انتزاعا للحيازة بمفهوم الفصل 570 من القانون الجنائي، والحال أن الجنحة المذكورة تتم بمجرد حرمان الحائز للعقار من حقه في التصرف في عقاره بإحدى الوسائل المنصوص عليها في فصل المتابعة المذكور، وأن منع المشتكي من طرف المطلوبين من إدخال التيار

الكهربائي إلى مترله يحد من انتفاعه من حيازته المادية للعقار، علما أن منع حائز العقار من التصرف في عقاره والانتفاع من حيازته، يشكل انتزاع الحيازة بالعنف ويندرج بالتالي ضمن الوسائل المنصوص عليها في فصل المتابعة المذكورة، **مما** جاء معه قرارها مشوبا بعيب فساد التعليل المترل مترلة انعدامه وعرضة بالتالي للنقض والإبطال.

لهذه الأسباب

قضت بنقض الصادر عن غرفة الاستئنافات بالمحكمة الابتدائية بسيدي قاسم بتاريخ 2016/01/20 في القضية **عدد** 15/449.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه بقاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض الكائن بشارع النخيل حي الرياض بالرباط وكانت الهيئة الحاكمة متركبة من السادة: عبيد الله العبدوني **رئيسا** والمستشارين: المحفوظ سندالي **مقررا**، مجتهد الركراكي، نجاة العلوي بطراني، سعيد أيور، وبمحضر **المحامي العام** السيد الحسن حراش الذي كان يمثل النيابة العامة وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة السعدية بنعزيز.

القرار عدد 912
الصادر بتاريخ 25يوليوز 2018
في الملف الجنحي عدد 2017/2/6/14887

سياقة في حالة سكر والجرح غير العمدي الناتج عن حادثة سير – الحد الأدنى لتوقيف رخصة السياقة – عدم جواز النزول عنه بمبرر ظروف التخفيف.

إن المحكمة لما اكتفت بتوقيف رخصة سياقة المطلوب لمدة ستة أشهر فقط، وذلك بعد إدانته من أجل السياقة في حالة سكر والجرح غير العمدي الناتج عن حادثة سير تخلف عنها عجز مؤقت عن العمل لمدة تقل عن ثلاثين يوما، والحال أن الحد الأدنى لتوقيف رخصة السياقة عند تحقق ما يستوجب الإدانة من أجل تلك الأفعال حسب الفقرة الثانية من المادة 166-2 من مدونة السير هو سنة واحدة، والذي لا يمكن للمحكمة النزول عنه بمبرر تمتيع المطلوب بظروف التخفيف ما دام أن الأثر القانوني لمنح تلك الظروف محصور في العقوبات الأصلية دون الإضافية، يكون قرارها خارقا للمقتضيات أعلاه.

نقض جزئي وإحالة

باسم جلالة الملك وطبقا للقانون

بناء على طلب النقض المرفوع من وكيل الملك لدى المحكمة الابتدائية الزجرية بالدار البيضاء بمقتضى تصريح أفضى به بتاريخ 2017/4/27 لدى كتابة ضبط المحكمة المذكورة، والرامي إلى نقض القرار الصادر عن غرفة الاستئنافات الجنحية بها بتاريخ 2017/4/20 تحت عدد 389 في القضية ذات الرقم

2017/2808/362، والقاضي مبدئيا بتأييد الحكم المستأنف المحكوم بمقتضاه على الظنين (ع.س) بشهر واحد حبسا موقوف التنفيذ وغرامة نافذة قدرها 500 درهم عن السكر العلني والجروح غير العمدية و1200 درهم من أجل السياقة في حالة سكر و1000 درهم عن عدم احترام إشارة الضوء الأحمر وبتوقيف رخصته للسياقة لمدة ثلاثة أشهر مع تعديل الحكم وذلك بالحكم على الظنين المذكور من أجل السكر العلني البين والسياقة في حالة سكر والجرح غير العمدي الناتج عن حادثة سير بغرامة نافذة قدرها 3000 درهم وبرفع مدة توقيف رخصة السياقة إلى ستة أشهر من تاريخ الاحتفاظ الفعلي بها وتحميل الظنين الصائر مع تحديد الإجبار في الحد الأدنى.

إن محكمة النقض/

بعد أن تلا السيد المستشار عبد السلام البقالي التقرير المكلف به في القضية.

وبعد الإنصات إلى السيد عمر الدهراوي المحامي العام في مستنتجاته.

وبعد المداولة طبقا للقانون،

ونظرا للمذكرة المدلى بها من لدن الطاعن.

في وسيلة النقض الفريدة والمستمدة من الخرق الجوهري للقانون، ذلك أن المحكمة المطعون في قرارها وفي خرق منها لمقتضيات المادتين 166-1 و166-2 من مدونة السير إنما قضت بتوقيف رخصة سياقة المطلوب لمدة ستة أشهر مع أن الحد الأدنى لذلك التوقيف حسب مقتضيات المادة 166-2 المذكورة هو سنة في حين لم تقض المحكمة بخضوع المطلوب لدورة تكوينية في التربية على السلامة الطرقية، وبقضائها على ذلك النحو تكون المحكمة قد أتت خرقا لمقتضيات المادتين الآنفتي الذكر وهو ما يستوجب نقض وإبطال قرارها.

بناء على المادة 166-2 من مدونة السير يتعرض مرتكبو المخالفات المنصوص

عليها في البندين الأول (السياقة في حالة سكر) والسابع (عدم التوقف لمحاولة التملص من المسؤولية الجنائية أو المدنية) من المادة 166-1 من نفس المدونة لتوقيف رخصة السياقة لمدة سنة إلى سنتين، ولا ترجع رخصة السياقة من قبل الإدارة إلا بعد إدلاء المحكوم عليه بما يفيد خضوعه لدورة في التربية على السلامة الطرقية.

حيث لئن كان ما نسب للمطلوب من سياقة في حالة سكر وجرح غير عمدي ناتج عن حادثة سير قد وقعت بتاريخ 2016/12/16، وبذلك تبقى المقتضيات القانونية الواجبة التطبيق على النازلة فيما تعلق بتلك الأفعال هي تلك التي تضمنتها المادتان 166-1 و166-2 المومأ إليهما أعلاه والتي -أي المقتضيات- والتي دخلت حيز التنفيذ بتاريخ نشرها بالجريدة الرسمية بتاريخ 2016/8/11 فإنه وبالنظر إلى ما أوردته المادة 166-2 المذكورة في فقرتها الثالثة من أنه لا ترجع رخصة السياقة من قبل الإدارة إلا بعد الإدلاء بما يفيد خضوع المحكوم عليه لدورة في السلامة الطرقية في الحالات المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة 166-1 أعلاه فإنه يستخلص من صياغة المادة 166-2 الآنفة الذكر أن إلزاميه الخضوع لتلك الدورة لم تعد تشكل عقوبة إضافية تقضي بها المحكمة في حالة الإدانة من أجل الأفعال المنصوص عليها في المادتين 166-1 و166-2 المذكورتين وبالتالي لم يكن من سبيل أمام المحكمة المطعون في قرارها للحكم على المطلوب بتلك العقوبة بالنظر إلى أنه وعملا بمقتضيات الفصل الثالث من القانون الجنائي لا يسوغ معاقبة أحد بعقوبة لم يقررها القانون (لئن كان الأمر كذاك)، فبالمقابل فإن المحكمة المصدرة للقرار وبالرغم من قبولها لاستئناف النيابة العامة وما لهذا الاستئناف من أثر ناشر للدعوى العمومية بجميع عناصرها الواقعية والقانونية أمام محكمة الدرجة الثانية فإن تلك المحكمة - وتعديلا منها للحكم الابتدائي - قد اكتفت بتوقيف رخصة سياقة المطلوب لمدة ستة أشهر فقط وذلك بعد إدانته من أجل السياقة في حالة سكر والجرح غير العمدي الناتج عن حادثة سير تخلف عنها عجز مؤقت عن العمل لمدة تقل عن ثلاثين يوما الأفعال المنصوص عليها وعلى عقوبتها في المادتين أعلاه، والحال أن الحد الأدنى لتوقيف رخصة السياقة

عند تحقق ما يستوجب الإدانة من أجل تلك الأفعال وحسب الفقرة الثانية من المادة 166-2 هو سنة واحدة والذي لا يمكن للمحكمة النزول عنه بمبرر تمتيع المطلوب بظروف التخفيف ما دام أن الأثر القانوني لمنح تلك الظروف محصور في العقوبات الأصلية دون الإضافية، وبقضاء المحكمة على ذلك النحو فيما يتعلق بمدة توقيف رخصة السياقة تكون قد أتت خرقا للمادة 166-2 المنوه عنها وعرضت بذلك قرارها للنقض والإبطال.

من أجله

قضت جزئيا بنقض القرار الصادر عن غرفة الاستئنافات الجنحية بالمحكمة الابتدائية الزجرية بالدار البيضاء بتاريخ 2017/4/20 في القضية عدد: 2017/2808/362 وذلك بخصوص مدة توقيف رخصة السياقة.

وبه صدر القرار وتلي بالجلسة العلنية المنعقدة بالتاريخ المذكور أعلاه في قاعة الجلسات العادية بمحكمة النقض الكائنة بشارع النخيل حي الرياض بالرباط وكانت الهيئة متركبة من السادة: فؤاد هلالي **رئيسا** والمستشارين: عبد السلام البقالي **مقررا** وسميرة نقال وبديعة بوعدي ومحمد خلوفي وبمحضر **المحامي العام** السيد عمر الدهراوي الذي كان يمثل النيابة العامة وبمساعدة **كاتبة الضبط** السيدة ربيعة الطهري.

دراسات

الحيازة بين الفقه والقانون

محمد بن يعيش

رئيس غرفة بمحكمة النقض

مقدمة:

لم يكن القانون العقاري المغربي بمفهومه الوضعي ينص على أحكام الحيازة الاستحقاقية، وظلت الحيازة المكسبة للملك تخضع لأحكام الشريعة الإسلامية وفق المذهب المالكي، في العقار غير المحفظ، إلى أن وضعت مدونة الحقوق العينية العقارية، مؤخرا، وبدئ في تطبيقها منذ 2012/05/24.

وقد تناولت بين الأحكام الفقهية التي قننتها الحيازة الاستحقاقية، وذلك في المواد 239 إلى 263.

ورغم أن المدونة قننت أحكام الحيازة، فقد نصت في المادة الأولى منها بأن ما لم يرد نص به يرجع فيه إلى قانون الالتزامات والعقود، وإذا لم يوجد نص يرجع إلى الراجح والمشهور، وما جرى به العمل من الفقه المالكي.

وقد فصلت أحكام الحيازة بين الفقه الإسلامي، بما في ذلك الفقه المالكي الذي اعتمدته المدونة، وأدخلت القوانين المقارنة الحيازة وأحكامها في القوانين المدنية.

وتختلف المقاربة في الحيازة بين الفقه الإسلامي والقوانين الوضعية المقارنة من حيث التصور والأساس، ويمكن القول بأن الحيازة الاستحقاقية تعتبر مدخلا للحائز لملك ما يحوزه كلما توفرت له شروط هذا الملك.

ولذلك نخصص المبحث الأول لمفهوم الحيازة الاستحقاقية في الفقه والقانون بينما نعرض في المبحث الثاني لشروط الملكية سواء تعلقت بالشيء المحوز أو بأطراف العلاقة في الحيازة (المحوز عليه خاصة) أو الشروط الموضوعية للملكية.

المبحث الأول: مفهوم الحيازة الاستحقاقية وتمييزها عن الحيازة العرضية

يراد بالحيازة الاستحقاقية الدليل على الملك للحائز[1]، وهي ليست الحيازة العرضية أو الحيازة التصرفية المنظمة في قانون المسطرة المدنية بمقتضى الفصول من 166 إلى 170.

المطلب الأول: مفهوم الحيازة الاستحقاقية

يدخل فقهاء القانون الوضعي الحيازة ضمن أسباب الملكية، ويدرسونها في إطار حق الملكية العقارية، ضمن الأسباب المؤدية إلى ملكية هذا الحق أو أي حق

[1] في الفقه الإسلامي عامة تتلخص أدلة الملكية في البينة، الاستفاضة (شهادة السماع)، الدعوى (إن يدعي مدع الملك لشيء لا يد لأحد عليه، ولا ينكر عليه ادعاءه أحد)، الإقرار، الحيازة، وهذه سبب الملك في بعض مذاهب الفقه الإسلامي، بينما في الفقه المالكي، هي دليل للملك، وليست سببا منشئا له وهي لا تدل عليه إلا ضمن شروط في الحائز والمحوز عليه، والمال المحوز، والفترة الزمنية التي تتم فيها الحيازة، وهي تختلف عن اليد في شيء جوهري، هو أن الشيء المحوز ليس معتبرا فيه أن يكون أساسا مباحا (جهل أصل الملك) بل حق ولو كان معلوما فان فوات مدة معينة يسقط حق المالك الأول، وتصبح حجته غير مسموعة، ويثبت الملكية للحائز الثاني راجع كتاب: اليد في الفقه الإسلامي سببا للملكية ودليلا عليها- دراسة مقارنة. ص 315 للدكتور فاضل محمد جواد السهلاني، دار الزهراء للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت لبنان.

عيني عقاري[2]، بينما الرأي في الفقه لإسلامي أن الحيازة دليل ظني على الملكية[3]، وسمت المدونة الحيازة سببا للملكية، وذلك في القسم الأول من الكتاب الثاني الذي أوردت فيه أسباب كسب الملكية، في المواد 239 إلى 263 المشار إليها، ومهما يكن فإن الخلاف في الرأي في وصف الحيازة بأنها سبب للملك أو دليل عليه، لا يترتب عنه خلاف في النتيجة ألا وهي استحقاق الملك للحائز وانقطاع حجة المحوز عليه إذا توفرت شروط الملكية للحائز.

الفرع الأول: تعريف الحيازة الاستحقاقية

يعرض كل من الفقه الإسلامي وفقه القانون للحيازة الاستحقاقية ويتناولانها من منظور مختلف، فالفقه الإسلامي يعتبرها دليلا على الملكية، وفقه القانون سببا لها.

الفقرة الأولى: مفهوم الحيازة في الفقه الإسلامي[4].

يعرض الفقه الإسلامي لمفهوم الحوز أو اليد، ضمن الشروط المتعلقة بثبوت الملك لمالك حق عيني عقاري، ويعتبرها مختلفة عن التصرف[5]، فقد ورد عن العلامة سيدي المهدي الوزاني في حاشيته على شرح التداوي ابن سودة للامية الزقاق " أما أولا فإنه فسر الحوز وما بعده بالتصرف مع أن الحوز والتصرف متغايران، فكيف يجعلان شيئا واحدا" والغالب لدى الفقهاء أن

---

2 عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – أسباب كسب الملكية، مع الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عن الملكية، حق الانتفاع وحق الارتفاق المجلد التاسع- دار النهضة العربية القاهرة.

3 ما عدا مذهب الإباظية يجعلها سببا للملكية – اليد في الفقه الإسلامي – مرجع سابق ص 315.

4 راجع مؤلف الأستاذ عبد العلي العبودي: الحيازة فقها وقضاء، الطبعة الأولى 1996، الناشر المركز الثقافي العربي، ص 17 إلى 19.

5 حاشية العلامة أبي عيسى سيدي محمد المهدي الوزاني على شرح التاودي ابن سودة للامية الإمام أبي الحسن الزقاق- الطبعة السادسة – القاهرة، 1349هـ، ص 196.

يتناولوا جملة من التعريفات لعدة موضوعات عند الوقوف عليها، بينما الحوز تناوله الفقهاء في إطار شروط الملك الذي يقترن بالحيازة. وعلى غرار مقاربة الفقهاء الأقدمين للحيازة والحوز أو وضع اليد المعتبر شرطا من شروط الملك، نهج الفقيه والموثق أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، فقد تناول الحيازة دون تعريف، وميز بين نوعين منها:

1. الحيازة المثبتة للملك مع بقية شروطه- وهذه تكفي فيها عشرة أشهر أو أكثر، وأقل من هذه المدة لا يشهد بها.
2. الحيازة المبطلة للملك قبلها، وهي التي تصل المدة فيها إلى عشرة سنين بين الأجانب والأقارب المتشاجرين بينهم.

أما الأولى المثبتة للملك فمحلها الشيء الذي لم يعرف له مالك قبل حائزه (مجهول أصل الملك)، بينما الثانية محلها أن يعرف مالك الشيء قبل حائزه لتلك المدة الطويلة (عشر سنين فأكثر) مع جهل أصل مدخل الحائز[6].

ويبدو أن الحيازة في الفقه الإسلامي عموما لم تعرف على غرار الشفعة والقسمة والاستحقاق مثلا واعتبرت دليلا على الملك وشرطا من شروطه.

الفقرة الثانية: تعريف الحيازة في فقه القانون

لم ينهج فقهاء القانون المدني على غرار فقهاء الشريعة الإسلامية في الحيازة دراستها في إطار الأدلة على الملك، ووقع تناولها في هذا الفقه في إطار أسباب الملك، كما عرضوا لتعريفها، غير أن بعض الفقه الوضعي إذا صح التعبير عرفها مباشرة- مثلما فعل الأستاذ مامون الكزبري الذي عرفها بأنها" السلطة الواقعية أو السيطرة الفعلية على شيء منقولا كان أو عقارا، أو على حق عيني مترتب على شيء شريطة أن لا تكون الأعمال التي يأتيها شخص على أنها مجرد رخصة

[6] أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني، التدريب على تحرير الوثائق العدلية، الجزء الأول، ص 154.

من المباحات أو التي يتحملها الغير على سبيل التسامح"[7].

في حين اقتبس الأستاذ عبد الرزاق أحمد السنهوري تعريف الحيازة من مشروع التقنين المدني المصري في المادة 1398 التي ألغتها لجنة مجلس الشيوخ بداعي غلبة الطابع الفقهي عليه–وورد في تعريفه للحيازة بأنها وضع مادي ينجم على أن شخصا يسيطر سيطرة فعليه على حق لنفسه أو لغيره[8]، وتتجلى هذه السيطرة في استعماله للحق عن طريق أعمال مادية يقتضيها مضمون هذا الحق.

ومثل هذا التعريف بالإضافة إلى وصف الحيازة بأنها سبب للملك وهو الطابع الذي أكد عليه المؤلف بقوله بأن الحيازة كالشفعة ليست بحق، ولكنها سبب لكسب الحق، وهي واقعة مادية بسيطة تحدث أثارًا قانونية[9] لم يخل من الإشارة إلى دلالتها على الملك مما ورد فيه من أن السيطرة فيها يقتضيها مضمون هذا الحق.

وهذا المظهر للحيازة مادي محض، فالحائز يحرز الشيء في يده إحرازا ماديا، ويباشر عليه أعمالا عادة ما يختص بها المالك، ويتحدد نوع الحق الذي يباشر عليه هذه الإعمال بحسب الاستعمال الذي يجريه عليه، فإذا سكن الدار أو أكراها للغير أو أفلح الأرض لنفسه أو بواسطة غيره، فإن صفة هذا الاستعمال تفيد نوع الحق المستعمل وهو حق الملكية – وإذا اقتصر على نوع آخر من الحقوق العينية المنقولة أو العقارية من خلال طريقة الاستعمال، كالارتفاق بالمرور أو الاستعمال والاستغلال وحدهما الذين يفيدان حق الانتفاع دون حق الملكية تحدد هذا الحق، في الارتفاق والانتفاع وحدهما، غير أن السيطرة المادية واستعمال الشيء بطرق مادية مختلفة يستبطن الحائز فيها عنصراً أساسيا لينشئا له الملك بها يتجلى في القصد من هذا الاستعمال، وهو العنصر الذي تقوم عليه

---

[7] الدكتور مأمون الكزبري، التحفيظ العقاري والحقوق العينية الأصلية والتبعية، ص 478.

[8] يبدو أن الصواب سيطرة الحائز سيطرة فعلية، على حق لنفسه أو بواسطة غيره وليس لغيره، لأن الحائز لغيره السيطرة بواسطته تنصرف إلى المالك.

[9] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 784. مأمون الكزبري: مرجع سابق ص 478.

النظرية الشخصية في الحيازة القانون المدني الفرنسي والقوانين المدنية التي أخذت عنه ضمن منظومة القوانين اللاتينية- وتعني هذه النظرية أن الحيازة لا يكفي فيها العنصر المادي، بل إلى جانبه يجب توفر العنصر المعنوي، وهو أن يكون الحائز قاصدا أن يستعمل الحق لحساب نفسه[10]، وبحسب قصد الحائز يتحدد نوع الحق المكتسب بالحيازة، فإذا كان حق ملكية وجب توفر نية التملك والتصرف تصرف المالك، وإذا كان نوعاً آخر من الحقوق العينية، وجب كذلك أن يستعمله ويتصرف فيه تصرف مالك ذلك الحق، مثل حق الارتفاق بالمرور والشرب وحق الانتفاع والسطحية وغيرها، ويمكن القول بأن النظرية الشخصية في القصد في الحيازة تعني أن يحوز الشخص، ويستعمل الحق، ويتصرف فيه لنفسه، لا لغيره، فالمكتري والمعار له، والمودع عنده، لا يمكن أن يقر لهم بالحيازة لأن القصد عندهم منتف، وهو أنهم لا يحوزون لأنفسهم، وإنما يحوزون لغيرهم.

أما النظرية المادية- في القصد في الحيازة، التي يتزعمها إهرنج، فتعني أن عنصر القصد في الحيازة، ليس مستقلا عن العنصر المادي، الذي هو السيطرة الفعلية على الشيء، إذ أن النية لدى الحائز ليست إلا في الأعمال المادية التي يباشرها على الشيء لتحقيق سيطرته، فلا تتحقق هذه السيطرة إلا أرادها، فعديم التمييز مثلا لأنه لا إرادة تصرفية عنده لا يحوز شيئاً بنفسه، وينوب عنه نائبه في ذلك لإرادته القصدية إلى الحيازة عنه، ويتحقق القصد في حيازة الشيء، سواء كانت هذه الحيازة من طرف الحائز لنفسه أو بواسطة غيره فالمكتري والمستعير كلاهما يسيطر على الشيء الذي يحوزه، ولو كانت حيازتهما لحساب غيرهما، وهنا الفرق بين القصد الإرادي في النظرية الشخصية التي لا يجوز أن يحوز حائز إلا لنفسه، والنظرية المادية التي لا تعتبر في القصد إلا حصول الحيازة المادية بغض النظر عن حصولها من الحائز لنفسه أو لغيره[11].

---

[10] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 803.

[11] عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق. ص 806.

الفرع الثاني: تحديد مفهوم الحيازة قانونا

الحيازة الاستحقاقية من الموضوعات التي اهتمت القوانين المدنية الوضعية بتحديد مفهومها وتعريفها، ولا يختلف القانون المغربي في ذلك عن القانون المقارن.

الفقرة الأولى: الحيازة الاستحقاقية في القانون المقارن[12] (القانون المدني الفرنسي)

بدأت الحيازة في القانون المدني الفرنسي (تقنين نابليون)، من حيث انتهى تطورها في القانون الفرنسي القديم الذي أخذ هذا المفهوم عن القانون الروماني الذي تطورت الحيازة فيه من الحيازة المادية،-وهي لم تكن إلا على حق الملكية، بمعنى أنها كانت تختلط بالشيء مادياً، ولا تتصور بمعزل عنه-إلى شبه الحيازة أو حيازة الحق، وبعبارة أخرى لم تبق الحيازة يعني بها حيازة حق الملكية وحده، ولا يبقى أي عنصر من هذه العناصر خارج حيازة الحائز- وهي الحيازة التامة، وإنما تطورت ليصبح ممكناً حصول حيازة الحقوق العينية الأخرى، غير حق الملكية كحق الانتفاع، وحق الارتفاق، وسميت لذلك هذه الحيازة بحيازة الحق أو شبه الحيازة.

غير أن القانون المدني الفرنسي عند وضعه، أنهى الفرق بين الحيازة التامة وشبه الحيازة، وأصبحت الحيازة شيئا واحدا، بغض النظر عن الحق الذي يراد بها، سواء كانت ملكية أو حقا عينيا آخر متفرعا عنها.

وقد سوغ هذا التطور العلاقة بين تصور الحيازة للشيء المادي، بما هي حق ملكية واقتصار هذه الحيازة على حق من الحقوق العينية الأخرى، ففي كلتا الحالتين يتعلق الأمر بحق عيني سواء كان حق ملكية أو حقا آخر، فكل من الحيازة (التامة) وشبه الحيازة حيازة، ويصدق نفس المفهوم على أي حق عيني،

[12] انظر عبد العلي العبودي، مرجع سابق، ص 27.

وهكذا ورد في المادة 2228 من القانون المدني الفرنسي بأن " الحيازة هي إحراز شيء أو استعمال حق (شبه الحيازة) نحرزه أو نستعمله بأنفسنا أو بواسطة شخص آخر يحرزه أو يستعمله بالنيابة عنا"[13].

ويبدو جليا أن القانون المدني الفرنسي أخذ بالنظرية المادية في القصد في الحيازة للشيء، إذ لم يبرز في التعريف الذي أورده عنصر القصد أو النية لدى الحائز، في ملكيته الشيء الذي يحوزه، وأكد على الاستعمال المادي للشيء من طرف الحائز نفسه أو بواسطة الغير، فالنية وفق النظرية المادية، هي ذلك الاستعمال المادي للشيء الذي تتحقق به السيطرة عليه، ولا يخضع للحيازة وفق القانون المدني الفرنسي الحقوق الشخصية، والأموال العامة، والمجموع من المال كالتركة والأصل التجاري[14].

الفقرة الثانية: تحدي مفهوم الحيازة الاستحقاقية في مدونة الحقوق العينية

نصت المادة 239 من مدونة الحقوق العينية بأن الحيازة الاستحقاقية تقوم على السيطرة الفعلية على الملك بنية اكتسابه، وأضافت أنها لا تقوم لغير المغاربة مهما طال أمدها.

وأول ملاحظة يمكن إبداؤها على هذا التعريف أنه اقتصر على الحيازة للملك وهو يعني به العقار أو حق الملكية، لا غير، مما يعطي انطباعا بأن القانون المغربي تأثر بمفهوم الحيازة المادية التي تقتصر على حق الملكية، دون غيره من الحقوق العينية المتفرعة عنه، من حق انتفاع وسطحية وزينة وغيرها، وقد رأينا فيما سبق أن التطور في القانون المقارن، ولا سيما القانون المدني الفرنسي حصل من النظرية المادية المحضة للحيازة إلى حيازة الحق بغض النظر عن طبيعة هذا الحق

---

[13] عبد الرزاق السنهوري – مرجع سابق، ص 787.

[14] عبد الرزاق السنهوري – مرجع سابق،

سواء كان حق ملكية أو حقا عينيا آخر، غير أن هذا النقص في التعريف يمكن القول بأنه متجاوز، لأن المدونة نصت في المادة 3 منها بأنه يترتب على الحيازة المستوفية للشروط القانونية اكتساب الحائز ملكية العقار غير المحفظ، أو أي حق عيني آخر يرد عليه إلى أن يثبت العكس، ويبدو لذلك أن تعريف المدونة في المادة 239 للحيازة الاستحقاقية ينبغي أن يقرأ كذلك مع المادة 3 منها، ويصبح استقراء النصين معا يفيد أن الحيازة الاستحقاقية تقوم على السيطرة الفعلية على الملك أو أي حق عيني بنية اكتسابه.

أما ملكية العقار عند إطلاقها، وفق مفهوم المدونة للعقار الذي أصبح يختص بالأرض والبناء، والأشجار والثمار العالقة بها قبل فصلها، وما يوجد تحت الأرض أو عليها من منشآت، وما يثبت ويدمج في الأبنية من أشياء منقولة في أصلها، إضافة إلى العقار بالتخصيص الذي هو في أصله منقول، ويحاز حيازة عقار، ولم تبق الحقوق العينية العقارية من ملكية وغيرها، والدعاوى العقارية عقارات، مثلما كان يعتبرها ظهير 1915/6/2 السابق في الفصلين 5 و8 منه، وإن كانت الحيازة يؤول الأمر فيها إذا تحققت شروط الملكية في سائر الحقوق العينية العقارية إلى اكتساب ذات الحقوق، ولو انصبت على العقارات محل هذه الحقوق، فالحيازة مع شروط الملك يملك الحائز بها الحق العيني الذي يحوزه ولا يمكن تصور أن الحيازة مع تلك الشروط يمكن فصلها عن مفهوم الحق العيني.

ونص المدونة في التعريف للحيازة الاستحقاقية على نية تملك الحائز للحق العيني العقاري واضح منه تبنيها للنظرية الشخصية في مفهوم الحيازة الاستحقاقية، وهو تعريف لم تخل منه مؤلفات بعض الفقهاء المعاصرين، ولا سيما من تناول منهم بالشرح الحقوق العينية، ونخص بالذكر مامون الكزبري الذي عرف الحيازة، وأدخل في تعريفه مفهوم نية التملك للحائز[15]، وهذا المفهوم

[15] مامون الكزبري- مرجع سابق، ص 478.

مصدره الأساسي النظرية الشخصية في عنصر القصد في الحيازة لصاحبها سافيني، كما سبق الذكر، وإن كان القانون المدني الفرنسي لم يعتمد هذه النظرية، واعتمد النظرية المادية لإهرنج.

وهذه المقاربة مختلفة تماما عن مقاربة الشريعة الإسلامية، ولا سيما المذهب المالكي المطبق في العقار غير المحفظ، والذي تعتبر المدونة امتدادا له ويعتبر مرجعا لها بعد قانون الالتزامات والعقود، ذلك أن الفقه المالكي يشترط جهل مدخل الحائز إلى الحق العيني الذي يحوزه، ليستحق تملكه، فان كان معلوما بما لا ينقل الملك لا يستحق ملكه، وإن كان ناقلا للملك يستحق الملك مثلما يستحقه مع جهل المدخل، ومعنى ذلك أن الحائز إذا دخل مدخلا معلوما غير ناقل للملك من كراء وعارية، وإسكان وغيرها لا يمتلك الشيء أو الحق العيني بالحيازة مهما طالت مدتها، وهذه المقاربة، لا شك أنها مبنية على أن الأصل في الحائز أن يحوز الحق العيني بقصد تملكه، وعلى من يدعي خلاف ذلك أن يثبته، مما لا حاجة معه إلى تضمين أحكام الحيازة عنصر النية في التملك، لأن مختلف الأحكام الأخرى المتعلقة بأوضاع الحائز من بيان مدخلهن وأصل الشيء أو الحق العيني المحوز، ما إذا كان يعرف له مالك قبله أم لا كفيلة بأن يتبين منها موقف الحائز هل هو يريد الملك أم أنه حائز عن غيره، ويمكن القول بأن النظرية المادية في الحيازة موافقة لمقاربة الشريعة الإسلامية، لعدم اشتراطها قصد الحائز إلى التملك، واعتبارها على العكس من ذلك أن القصدية والإدارية مضمرة بالضرورة في السيطرة التي هي جوهر الحيازة المكسبة للحق العيني للحائز.

ومن هذا المنطلق يمكن الذهاب في التحليل للمادة 239 من المدونة بأن التعريف الذي تبنته للحيازة الاستحقاقية اعتمدت فيه النظرية الشخصية في القصد في الحيازة إلى الملكية من طرف الحائز، بالنص صراحة على الإرادة في التملك لدى الحائز، ولكن ذلك لم يمنع من تقنين بقية أحكام الحيازة وفقا

للمذهب المالكي، في تفصيل هذه الأحكام، خاصة الحيازة المبطلة[16] لملك سابق، وهي حيازة معلوم أصل الملك، إما مجهول أصل الملك فلم تتعرض له المدونة، ويبقى لذلك محكوما بقواعد الفقه المالكي.

المطلب الثاني: تمييز الحيازة الاستحقاقية عن الحيازة العرضية[17].

تدل الحيازة على الملك إذا كانت استحقاقية- ولذلك ورد في التحفة لابن عاصم قوله:

والأجنبي إن يحز أصلا بحق عشر سنين فالتملك استحق[18]

وفي مختصر خليل وخاصة الحيازة الأولى، وهي الحيازة المكسبة للملك، أشار إليها بقوله: "وصحة الملك بالتصرف وعدم المنازع، وحوز طال كعشرة أشهر وانه لم يخرج عن ملكه في علمهم"، والفرق بين الحيازتين أن الحيازة التي ذكرها صاحب التحفة هي الحيازة المبطلة لملك سابق على الحائز بينما الحيازة التي ذكرها الشيخ خليل في النص النشار إليه، هي الحيازة الأولى- وهي الحيازة المكسبة- وإن الشيخ خليل، ذكر كذلك الحيازة المبطلة بقوله: وإن حاز أجنبي غير شريك وتصرف، ثم ادعى حاضر ساكت، بلا مانع عشر سنين، لم تسمع ولا بينته إلا بإسكان ونحوه.

---

[16] تتميز الحيازة المبطلة عن الحيازة المكسبة بورود الأولى على ملك سابق عن الحائز، فتبطله، لتوفر شروط الملك معها من يد ونسبة وطول مدة وعدم منازع والتصرف والشهادة بالملك والمال وعدم علم التفويت أما صحة أو كمالا، بينما الحيازة الثانية (المكسبة) لا ترد إلا على مجهول أصل الملك فيكسب بها الحائز، أول مرة ملكية الشيء أو الحق العيني الذي حازه قبل غيره إذا توفرت له باقي شروط الملك (انظر أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني- مرجع سابق، ص 154)

[17] انظر عبد العلي العبودي مرجع سابق، ص 21

[18] انظر في شرح ذلك البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن علي بن عبد السلام التسولي، الجزء الثاني، منشورات محمد علي بيضون، دار الكتب العلمية – بيروت، لبنان ص 416.

– إحكام الأحكام على تحفة الحكام، للعلامة الشيخ محمد بن يوسف الكافي، دار الكتب العلمية – بيروت، لبنان ص 226.

واقتصرت المدونة على الحيازة المبطلة دون المكسبة، وان كانت المبطلة تؤول إلى المكسبة بالنسبة للحائز، لأنها إنما أبطلت ملك الحائز السابق، واستحق بها الحائز اللاحق ملكية الشيء أو الحق العيني المحوز من طرفه.

وعلى هذا الأساس، فان الحيازة الاستحقاقية تؤول إلى الملك بتوفر شروطه، وليس كذلك الحيازة العرضية التي يمكن ذلك أن تتداخل مع الحيازة الاستحقاقية إذا تعلق الأمر بالحائز المالك.

ويمكن رصد أوجه الاختلاف بين الحيازتين من الإطار القانوني لكل منهما (الفرع الأول)، ومن جوهرهما وآثارهما (الفرع الثاني).

الفرع الأول: النصوص المنظمة للحيازتين

تنظم أحكام الحيازة الاستحقاقية مدونة الحقوق العينية في موادها من 239 إلى 263، وقانون الالتزامات والعقود، والفقه الإسلامي على مذهب الإمام مالك، ولذلك فإن أحكام الحيازة الاستحقاقية هي بالأساس م.ح.ع، وإذا لم يرد بها نص، يرجع إلى قانون الالتزامات والعقود وإذا لم يوجد نص فيه، يرجع إلى الراجح والمشهور أو ما جرى به العمل من الفقه المالكي، وهذا النص الذي جاء عاما في جميع أحكام المدونة في إعطائه الأولوية لقانون الالتزامات والعقود على الفقه المالكي بشكل مطلق، لم يراع في الحقيقة خاصية بعض الموضوعات المقننة في المدونة، ومنها الحيازة، والتبرعات، وكان ينبغي الإحالة فيهما، فيما لم يرد نص فيه مباشرة إلى الفقه المالكي، عن طريق إضافة نص خاص بهذه الإحالة في الفصل الخاص بكل موضوع منهما، وإلا ما معنى الرجوع إلى ق.ل.ع في الحيازة والتبرعات بينما هو خلو منهما تماما و لم ترد الحيازة فيه في الفصول 101 إلى 104 إلا بمعنى الحوز للشيء بالنسبة للحائز حسن النية والحائز سيء النية بمناسبة أحكام رد الشيء مع ثماره للمالك.

أما الحيازة العرضية فهي كائنة لكل من الحائز المالك والحائز عنه، وهذا الأخير هو الذي يصدق عليه الحائز حيازة عرضية، غير أن المالك حائز كذلك إذا اختار رفع دعوى الحيازة يتقيد فيها بشروطها، ولو كان مالكا- ويمكن القول بان الدعاوى الحيازية كما نصت عليها الفصول 166 إلى 170 من ق.م.م تتضمن قواعد موضوعية وإن نص عليها ق.م. م من ولذلك فإن الدعاوى الحيازية تتطلب نوعين من الشروط، شروطا شكلية شخصية من صفة وأهلية ومصلحة (الفصل 1 من ق.م.م)، وشروطا شكلية موضوعية، هي المنصوص عليها في الفصول 166 إلى 169 من ذات القانون، وغني عن البيان أن هذه الدعاوى حصرية، وهي دعوى استرداد الحيازة المخولة لكل من الحائز القانوني (المالك) والحائز العرضي (الحائز لغيره)، ودعوى منع التعرض ودعوى وقف الأعمال الجديدة، ولا يرفعهما إلا الحائز القانوني إلا إذا انصب الاعتداء على ذات منفعة الحائز العرضي، ويمكن تلخيص شروط الدعوى الحيازية في:

حيازة عقار أو حق عيني عقاري مدة سنة، حيازة هادئة علنية متصلة غير منقطعة وغير مجردة من الموجب القانوني وخالية من الالتباس، إلا إذا وقع الانتزاع بالعنف أو الإكراه، فإن دعوى استرداد الحيازة يمكن رفعها ولو حاز الحائز مدة اقل من سنة بشرط أن تكون حيازته مادية وخالية وهادئة وعلنية (الفصل 166 من قانون المسطرة المدنية).

رفع الدعوى داخل أجل سنة من وقوع الفعل النخل بحيازة الحائز (الفصل 167 من قانون المسطرة المدني).

عدم سبق رفع دعوى الملكية بعد الإخلال بالحيازة للحائز القانوني إلا إذا كان قد رفع دعوى الملكية ووقع الإخلال بحيازته بعد ذلك جاز له رفع دعوى الحيازة رغم دعوى الملكية الجارية أو السابقة (الفصل 169 من قانون المسطرة المدنية).

الفرع الثاني: اختلاف الجوهر والآثار بين الحيازتين

إن جوهر الحيازة الاستحقاقية من وجهة نظر الفقه والمدونة على غراره – في حيازة شيء– أو حق عيني عقاري من الحائز، وهو مجهول أصل ملكه أو معلوم أصل ملكه، أن يتملكه بما له من حيازة عليه، ولتوفر شروط الملك الدالة هذه الحيازة عليه والشاهد بها الشهود له، وسواء علم أصل الملك أو لم يعلم، إلا أنه يفرق في ذلك بطول المدة وصفة الحيازة المكسبة أو المبطلة، فهي مكسبة في مجهول أصل الملك، ومبطلة في معلوم أصل الملك، بينما الحيازة العرضية ولو كان الذي أرادها مالكا ليست في جوهرها إلا مظهرا ماديان لا يشهد فيها بالملك للحائز، ولا يكون له إلا حق شخصي – إذا كان ليس مالكا– تجاه المالك[19].

ولذلك يصف الفقه الحيازة العرضية بأنها ليست حيازة صحيحة، فالحائز فيها لا يحوز لنفسه، ويحوز لحساب غيره، وينعدم بذلك عنصر القصد لديه في استعمال الحق لحساب نفسه، وإنما يوجد لدى غيره الذي يستعمل نفس الحق، مع توفر قصد الاستعمال، فمن يكري عقارا أو حقا عينيا عقاريا يستعمله لنفسه ويتضمن هذا الاستعمال القصد فيه وفق النظرية المادية أو أنه ينتوي فعلا استعماله على سبيل حق الملكية للشيء أو الحق العيني وفق النظرية الشخصية.

ويتجلى الفرق بين الحيازتين كذلك في آثارهما، فالحيازة الاستحقاقية، كما سمتها المدونة أخذا من مفهومها الفقهي– وهو استحقاق الحائز ملكية الشيء أو الحق العيني الذي يحوزه إذا توفرت مع حيازته شروط الملك– يترتب عنها حق الملكية للشيء المحوز أو الحق العيني من طرف الحائز، فتدل الحيازة

---

[19] الحق الشخصي التزام على المدين لفائدة الدائن، غير أن بعض القوانين المقارنة، كالقانون المدني الألماني والسويسري متأثرين بالنظرية المادية في الحيازة لأهرنج وسعا من مفهوم الحيازة، لتشمل حق الحقوق الشخصية وليس فقط الحقوق العينية، فالمكتري مثلا يعتبر حائزا لحقه الشخصي قبل المكري. ع الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص 788.

على ملكيته لما يحوزه، لما يصاحب هذه الحيازة من مظاهر تفيد ملكه، من خلو المنازع، والاتفاق العلني على أنه له (النسبة)، واستمرار اتصال وضع يده لمدة يصدق الظن معها على صحة ملكه(طول المدة) علاوة على المظاهر المادية الدالة على ملكه كذلك المتجلية في مختلف التصرفات المادية والقانونية التي يجريها في الشيء المحوز (التصرف في الشيء أو الحق العيني).

أما الحيازة العرضية، وأن كانت تصدق على المالك كذلك، فهي لا تختص به- وإنما هي أعم من الملك[20]، ووجه العموم في الحوز أنه يكون بالملك وغيره من عارية مثلا وإكراء ووديعة، والأعم (الحوز) لا يعارض الأخص (الملك) لأنه لا إشعار له بأخص معين[21].

وفي الحيازة العرضية كل من العنصر المادي (السيطرة المادية) والعنصر المعنوي (القصد في الاستعمال) يباشرها الحائز القانوني (الملك) غير أن الاستعمال والسيطرة المادية يباشرهما بواسطة الغير، والقصد في التملك يباشره دائما بنفسه، سواء كان الشيء أو الحق العيني تحت يده وسيطرته المادية أو كان هذا الشيء أو الحق بيد الغير، وبعبارة أخرى ليست الحيازة العرضية إلا وضعا لليد من الغير الحائز نيابة عن المالك، ولا يكون للحائز العرضي قصد إلى التملك[22].

المبحث الثاني: شروط الملكية بمقتضى الحيازة

الشيء أو الحق العيني العقاري قد يحاز من طرف حائزه وهو مجهول أصل

[20] الترجيح بالملك على الحوز، انظر فيه حاشية سيدي المهدي الوزاني على شرح التاودي ابن سودة، للامية الزقاق، مرجع سابق، ص 190.

[21] محمد القدوري – موسوعة قواعد الفقه والقانون مستخرجة من حادي الرفاق إلى فهم لامية الزقاق، الطبعة الأولى 1424-2004، ص 260.

[22] عبد الرزاق احمد السنهوري، مرجع سابق، ص 825.

الملك لمن قبل هذا الحائز، وقد يحاز مع علم أصل ملكه لمن هو[23].

المطلب الأول: حيازة مجهول أصل الملك لمن هو

يشترط في هذه الحيازة لمجهول أصل الملك إلا يكون المحوز يعلم أصل ملكه لمن هو قبل الحائز الأول، وتسمى هذه الحيازة لذلك بالحيازة الأولى، لأنها أول ما حصلت في الشيء أو الحق العيني المحوز، وسواء كان الشيء عقارا أو منقولا، فإذا توفر شرط جهل أصل الملك، وحاز الحائز معه الشيء أو الحق العيني المدة المعتبرة شرعا وتوفرت باقي شروط الملك من نسبة، وعدم منازع، وعدم علم التفويت في الشهادة للميت والشهادة بالملك والمال، على الرأي بهذا الشرط وتصريح الشهود بهذه الشروط جميعا[24]، بأن يشهد كل شاهد بخصوص كل شرط بذاته، فان مدة الحيازة لا تتعدى 10 أشهر، وفي رأي آخر عاما واحدا، ليستحق الحائز ملكية الشيء الذي يحوزه على تلك الصفة من شروط الملك.

وإلى هذه الحيازة أشار الشيخ خليل بقوله: وصحة الملك بالتصرف، وعدم النازع، وحوز طال كعشرة أشهر، وأنه لم يخرج عن ملكه)[25]، ولم يذكر هذه الحيازة صاحب التحفة، واقتصر على الحيازة المبطلة وهي التي تطول مدتها 10 سنين بين الأجانب، والأقارب الذين بينهم عداوة، أو 40 سنة بين الأقارب، وقد ذكرها كل من أبي الحسن علي الزقاق في لاميته، بقوله:

يد نسبة طول كعشرة أشهر وفعل بلا خصم بها الملك يجتلا[26]

[23] أبو الحسن علي بن عبد السلام التسولي — البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ص 415.

[24] أبو الشتاء بن الحسن الغازي الحسيني — مرجع سابق، ص 154.

[25] مختصر العلامة خليل بن إسحاق المالكي، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، ص 227. انظر الخرشي على مختصر خليل، الجزء السابع، دار صادر بيروت، لبنان، ص 231.

— مواهب الجليل من أدلة خليل، للشيخ أحمد المختار الجكني الشنقيطي، المجلد الرابع ص 259.

[26] حاشية سيدي محمد المهدي الوزاني، على شرح سيدي محمد التاودي بن سودة، لامية الزقاق، ص 196.

وصاحب العمل الفاسي بقوله:

وحوز ما جهل أصله كفى عشرة أشهر أو العام وفي[27]

وتختلف هذه الحيازة في مجهول أصل الملك عن الحيازة في معلوم أصل الملك في أنها لا تكون إلا في مجهول أصل الملك وفي مدتها التي لا تتعدى 10 أشهر.

ونظرا إلى اشتراط جهل أصل الملك فيها اعتبرت عن حق حيازة مثبتة للملك مع بقية شروطه، بينما اعتبرت حيازة معلوم أصل الملك مبطلة للملك قبلها، وذلك مع توفر بقية شروط الملك كذلك[28].

ولم تنص المدونة على الحيازة لمجهول أصل الملك، واقتصرت على حيازة معلوم أصل الملك، وذلك في المواد المتعلقة بالحيازة الاستحقاقية من 239 إلى 263.

ولا يعني عدم نص المدونة على حيازة مجهول أصل الملك أن حيازة ما جهل أصل ملكه لمن هو هي كحيازة معلوم أصل الملك تستلزم حتى يستحق الحائز الملك بها، دليل بذلك على ملكه أن تتوفر فيها مدة 10 سنين بين الأجانب، بل يرجع في ذلك إلى الفقه المالكي ويعمل بالحيازة المكسبة للملك فيما جهل أصله كملك متروك، ويجهل من تركه، ويحوزه حائز، فيكفي في مدة حيازته 10 أشهر مع توفر بقية شروط الملك، ذلك أم المادة الأولى من المدونة تقضي بأنه إذا لم يوجد نص فيها وفي ق.ل.ع يرجع إلى الراجح والمشهور وما جرى به العمل من الفقه المالكي.

أن الحيازة الأولى التي لا تحصل إلا في مجهول أصل الملك لمن هو، لا يمكن أن تتكرر كلما ظل صاحب الملك معلوما، إلا إذا ترك ملكه، وأصبح مجهولا من يملكه بفعل ذلك، يضحى هذا الملك قابلا للحيازة المكسبة للملك، وطالما

[27] أبو اشتاء بن الحسن بن محمد الغازي الحسيني، مرجع سابق، ص 154.

[28] أبو اشتاء بن الحسن بن محمد الغازي الحسيني، مرجع سابق، ص 154.

ظل معلوم المالك، ولو كان غائبا عنه مدة طويلة، فانه لا سبيل إلى تملكه عن طريق الحيازة، مع توفر بقية شروط الملك إلا بالحيازة الثانية- وهي الحيازة المبطلة للملك قبلها، والقاطعة لحجة المالك السابق، مع توفر شروط عدم قبول قيامه على الحائز للمطالبة بملكه وهي كونه حاضرا ساكتا، عالما بملكه، ولا مانع يمنعه من القيام بالمطالبة به ضد الحائز[29].

ولا تختلف الحيازة المبطلة لملك سابق قبلها عن الحيازة المكسبة، إلا في صفة أصل الملك وطول المدة، وكون الأولى مبطلة لملك مالك سابق، والثانية مثبتة لملك مالك لاحق، أما بقية شروط الملك، تبقى في كلا الحيازتين هي نفسها.

المطلب الثاني: حيازة معلوم أصل الملك لمن هو وشروط التملك بالحيازتين الأولى والثانية

إن الملك وأي حق عيني عقاري، ولو ملكهما مالك، إذا حازهما حائز، وتوفرت مع حوزه شروط الملك، يستحق بذلك ملكهما، رغم وجود وعلم مالك قبله، ومن أجل ذلك سميت هذه الحيازة لمعلوم أصل الملك بالحيازة المبطلة لملك مالك سابق، وفي نفس الوقت، هي مثبتة لملك مالك لاحق(المطلب الأول) إلا أن هذه الحيازة كما الحيازة المكسبة، والخاصة بملك مجهول أصل الملك، لا يستحق بها الملك للحائز إلا مع توفر شروط الملك الأخرى (المطلب الثاني).

الفرع الأول: حيازة معلوم أصل الملك

إذا علم أصل الملك للشيء المحوز لمن وقبل وضع يد الحائز عليه فلا تكفي فيه مدة عشرة أشهر وإنما يشترط مرور عشر سنين على هذه الحيازة واستيفاء بقية شروط الملك الأخرى مع هذه الحيازة لكسب الحائز الشيء الذي يحوزه،

---

[29] أبو الحسن علي بن علي التسولي، البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ص 415.

وهذه الشروط كما ستأتي مفصلة هي: ذكر الشهود وضع اليد الحائز، والتصرف منه، والنسبة من نفسه ومن الناس كذلك، وعدم المنازع، وطول المدة، وعدم التفويت في علم الشهود[30]، وشهادتهم بهذه الشروط مجتمعة مصرحين بها كل شرط على حدة.

وصورة إعمال هذه الحيازة علاقة بالحيازة المكسبة (حيازة مجهول أصل الملك) أن يدعي مدع على الحائز أنه مالك لما بيده من عقار أو حق عيني عقاري، ويدلي مع ادعائه ببينة مستوفية شروط الملك، فيعذر فيها إلى المدعى عليه فإن لم يجد فيها مطعنا فهي تدل دلالة ظنية على أن الملك هو للمدعي ولا تفيد بينته القطع لأن الفقه على أن الشهادات من حيث هي لا تفيد إلا غلبة الظن، وهو معنى قول الفقهاء: إنما تعمل البينة التي شهد شهودها بشروط الملك مع الحيازة له فيما جهل أصل ملكه. أي على سبيل غلبة الظن أن المشهود له هو المالك لأن مالكا قبله ليس معلوما إلى إن شهدت له البينة بالملك، فيقضي له بها حيث لا مطعن بعد أن يسال الحائز ما إذا كانت له حجة على ملكه لما بيده فإذا أقر للمدعي بالملك وأنه دخل بكراء أو عارية ونحوهما مع ما استدل به المدعي من وثيقة ملكه بالبينة المستوفية شروط الملك ثبت له حق ملكيته.

وإذا أجاب المدعى عليه بحوزه وملكه وأن الشيء بيده وأثبت حيازته عنه عشر سنين في الأصول من أرض أو بناء أو شجر مع العقود المتعلقة بالملك والحال أن المدعي حاضر ساكت بلا مانع وعالم بملكه فإن حقه يسقط ويبقى الملك المدعى فيه بيد حائزه لأنه أثبت حيازته المبطلة لملك المدعي ولو ثبت قبله، ولا يكلف ببيان وجه تملكه وإنما حيازته لتلك المدة مع توفر قيود الملك تكفي دليلا على ملكه[31] وفي ذلك قول الفقهاء: حيازة عشرة أعوام مع علم أصل

---

[30] أبو الحسن علي بن علي التسولي، البهجة في شح التحفة، مرجع سابق، ص 415. انظر كذلك أبو اشتاء بن الحسن بن محمد الغازي الحسيني، مرجع سابق، ص 156.

[31] التسولي البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ص 416.

الملك هو عاملة لأنها قطعت حجة القائم مع علم أصل ملكه، ومحل قطعها إذا لم يعلم أصل مدخل الحائز أو علم وكان ناقلا للملك من بيع وهبة ونحوهما[32].

وهذا الشرط المتمثل في جهل أصل مدخل الحائز أو علمه مع كونه ناقلا للملك نصت عليه المدونة في المادة 264 بقولها: لا تقوم الحيازة ولا يكون لها أثر إذا ثبت أن أصل مدخل الحائز غير ناقل لملكه. وأضافت: ولا يحق لواضع اليد أن يغير بنفسه لنفسه سبب وضع اليد على الملك محل ادعاء الحيازة ولا الأصل الذي تقوم عليه. وتعني هذه الفقرة الأخيرة منع تغيير صفة الحيازة العرضية وتحويلها إلى حيازة أصلية، فسند الحائز إذا كان يفيد حيازة عرضية تبقى حيازته على هذه الصفة ولو أراد أن يغير صفة حيازته بعقد النية على ذلك لا تتحول حيازته إلى أصلية أو استحقاقية، فحيازة المكتري تبقى عرضية ولو عقد نيته أنه يحوز من أجل التملك حتى ولو أعلن نيته إلى المكري وامتنع عن أداء الكراء له.

لكن مع ذلك فإن تغيير صفة الحائز العرضي إلى حائز أصلي ممكن في إحدى حالتين:

أولا: أن يصدر تصرف من الغير في العين المحوزة أو الحق العيني المحوز لفائدة الحائز العرضي ويكون ناقلا للملكية له كان يشتري الحائز العرضي من شخص يعتقده هو المالك للعين التي يكتريها فتنقلب حيازته العرضية إلى أصلية من وقت شرائه.

ثانيا: أن يصدر تصرف بالتفويت من المكري إلى المكتري منه فيتحول من حائز عرضي إلى حائز أصلي نتيجة هذا التصرف إليه، وتبدأ الحيازة الاستحقاقية منذ شرائه كذلك[33].

---

[32] العلامة الكافي، إحكام الأحكام على تحفة الحكام، مرجع سابق، ص 226.

[33] عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص 836-837.

وحيازة ما علم أصل ملكه كما سبقت الإشارة إلى ذلك ذكرها ابن عاصم في تحفته عند قوله:

والأجنبي إن يحز أصلا بحق عشر سنين فالتملك استحق

أما الشيخ خليل فقد ذكرها في مختصره فقال: وإن حاز الأجنبي غير شريك وتصرف ثم ادعى حاضر ساكت بلا مانع عشر سنين لم تسمع ولا بينته إلا بإسكان ونحوه.

والحيازة مع علم أصل الملك يشترط جهل المدخل فيها إلا إذا علم بما ينقل الملك من بيع وهبة ونحوهما، ولا يفيد الحائز الغاصب من حيازته مهما طالت شيئا وعلى هذا الشرط نص صاحب التحفة بقوله: إن يحز أصلا بحق.

وقد اشترطت المدونة في المادة 241 نفس الشرط بان منعت الحيازة إذا كانت مبنية على عمل غير مشروع.

وقد يحصل الخلط بين أصل الملك واصل المدخل بينما هما شيئان متغايران، فاصل الملك الذي يشترط جهله في الحيازة المكسبة وهي حيازة عشرة أشهر لأول حائز لملك لم يسبق إليه، يعني مالك الشيء الأول إذا كان معلوما، وأصل المدخل هو وجه مدخل الحائز إلى الشيء الذي بيده هل هو معلوم أم مجهول، فالمدخل المعلوم بما لا ينقل من كراء وإسكان وعارية لا تنفع الحائز فيه حيازته ولو طالت.

أما المدخل المعلوم من كل ناقل للملك من المدعي إلى المدعى عليه (الحائز) من شراء أو هبة أو معاوضة فتعمل معه الحيازة المبطلة لملك الأول (المدعي) مع بقية شروط الملك، ونفس الحكم سار إذا كان مدخله مجهولا[34].

---

[34] أبو الشتاء الغازي الحسيني، م س، ص 155.

و لم تعرض المدونة لبيان هذا الشرط في الحيازة المطلة لملك قبلها، ومع ذلك فان هذا الشرط لا غنى عنه، إذ أن بحث مدخل الحائز يفضي إلى بيان السبب الذي وضع به يده على الشيء أو الحق الذي يحوزه، وهذا السبب نصت المدونة على وجوب كونه مشروعا، لكن ذلك لا يكفي، فقد يكون مشروعا ولا ينقل الملك مثل العارية، والوديعة والكراء، وقد لا يكون معروفا لتقدير شرعيته من عدمها.

ولكن التكامل بين المدونة والفقه المالكي جاء النص صريحا عليه في المادة الأولى منها، ولذلك فان شرط جهل المدخل أو كونه معلوما ناقلا للملك في الحيازة المبطلة لملك قبلها لا مفر من بحثه في المنازعات بشأن الحقوق العينية العقارية لترتيب الآثار القانونية للحيازة.

الفرع الثاني: شروط الملكية للحيازتين المكسبة والمبطلة[35].

يمكن التمييز في هذه الشروط جمعا بين الفقه والمدونة بين شروط متطلبة في الشيء المحوز وشروط ترجع إلى علاقة الحائز بالمحوز عليه، وشروط خاصة بالمحوز عليه، وشروط التملك عن طريق الحيازة.

الفقرة الأولى: شروط الشيء المحوز

تنص المادة 261 من المدونة على أنه لا تكتسب بالحيازة أملاك الدولة العامة والخاصة والأملاك المحبسة وأملاك الجماعات السلالية وأملاك الجماعات المحلية والعقارات المحفظة والأملاك الأخرى المنصوص عليها صراحة في القانون.

وقبل صدور المدونة، كانت الاستثناءات من الحيازة الاستحقاقية يرجع في أساسها الشرعي أو القانوني إلى الفقه أو القوانين الخاصة، فلا تحاز الأحباس

[35] انظر عبد العلي العبودي، مرجع سابق، ص 39 وما بعدها.

حيازة استحقاقية لأن الأصل في الحبس أن يبقى ملكا للمحبس في رقبته[36]، ولا تحاز الأملاك العامة نصا على ذلك في ظهير 1 يوليوز 1914، والأراضي الجماعية طبقا لظهير 27 أبريل 1919، والأملاك الغابوية وفقا لظهير 10 أكتوبر 1917، والأملاك المحفظة حسب الفصل 63 من ظهير 12 غشت 1913 المتعلق بالتحفيظ العقاري.

وبصدور المدونة، نصت في المادة 261 المذكورة صراحة على منع الحيازة الاستحقاقية في عدة عقارات نظرا لصفة الملك فيها وأضحى هذا النص عاما في أنواع الأملاك العقارية غير القابلة للتقادم والحيازة.

الفقرة الثانية: الشروط المانعة من الملك بطريق الحيازة لصفة بين الحائز والمحوز عليه

قننت المدونة هذه الشروط وجعلتها مانعة من الحيازة المبطلة لملك المحوز عليه وذلك في المادة 255 التي تقضي بأنه لا محل للحيازة بين الأب وابنه وإن سفل، ولا بين الأم وابنائها وإن سفلوا وبين الأزواج أثناء قيام الزوجية وبين الشركاء مطلقا وبين النائب الشرعي ومن هم إلى نظره وبين الوكيل وموكله وبين المكلف بإدارة الأموال العقارية وأصحاب هذه الأموال.

يعتبر منع الحيازة الاستحقاقية بين الأب وابنه وبين الزوجين وبين الشركاء في المدونة أمرا مستحدثا ولا أصل له في الفقه، إذ الأب وابنه والزوجان أقارب بينهم، ولا تختلف الحيازة بين الأقارب في أثرها عن الحيازة بين الأجانب إلا في طول المدة متى لم يكن بين هؤلاء الأقارب عداوة، ولذلك ورد في تحفة ابن عاصم:

---

[36] عرف ابن عرفة وهو محمد بن محمد الورغامي التونسي الحبس بأنه: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده لازما بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديرا.

والأقربون حوزهم مختلف بحسب اعتمارهم يختلف

فإن يكن بمثل سكنى الدار والزرع للأرض والاعتمار

فهو بما يجوز الأربعين وذو تشاجر كالأبعدين[37]

فحيازة الأقارب غير الأب وابنه إذا لم يكن ترفهم بالهدم والبناء تستمر مدته أربعين سنة، من غير عداوة، وإلا كانت المدة عشر سنين كالأجانب، وإن كان التصرف بالهدم والبناء والغرس وكراء الدار أو الأرض مثلا مع حضور قريبه المحوز عليه وسكوته وعدم وجود مانع له من المطالبة بحقوقه، فإن المدة على الرأي المعول عليه هي عشر سنين فقط لوقوع التصرف بأقوى الأشياء من هدم أو بناء أو غرس أو كراء، أما إذا كان بالبيع فمن وقت البيع دون أية مدة.

أما الأب وابنه فإنه لا حيازة بينهما إلا فيما يطول فيه الزمن، وتهلك البينات وينقطع العلم بذلك[38].

أما الحائز الشريك للمحوز عليه والأجنبي عنه أي غير قريب له فإن الحكم فيه في الفقه أن الشركة بينهما في الشيء المحوز تمنع استحقاقه من شريكه بالحيازة ولو طالت مدتها إلا إذا تصرف الشريك الحائز تصرفا قويا من مثل الهدم والبناء والغرس مع حضور شريكه وسكوته ونظره إلى تصرفه ومرور مدة عشر سنين فإن حيازته لتلك المدة مع مثل ذلك التصرف تقطع حجة وحيازة شريكه.

أما المدونة فقد منعت الحيازة بين الشركاء مطلقا ويفيد لفظ مطلقا منع هذه الحيازة بغض النظر عن نوع التصرف الذي تصرف به الحائز الشريك سواء

---

[37] انظر عبد العلي العبودي مرجع سابق، ص 61 وما بعدها.

[38] إحكام الأحكام على تحفة الحكام، مرجع سابق، ص 228.

كان تصرفا قويا من هدم أو بناء أو غرس أو لم يكن كذلك، فليس للشريك الحائز أن يتملك على شريكه بالحيازة مطلقا.

ويعتبر نمنع حيازة النائب الشرعي على من هو إلى نظره لأمواله التي يحوزها في إطار نيابته عنه والوكيل على موكله تحصيل حاصل، لقيام شرط جهل مدخل الحائز أو كونه معلوما بما ينقل الملك مانعا من تلك الحيازة، فالنائب الشرعي والوكيل كلاهما معلوم مدخلهما وهو لا ينقل الملك.

الفقرة الثالثة: الشروط الخاصة بالمحوز عليه

يطلق على هذه الشروط إذا جاز أن تسمى كذلك في الفقه الأعذار أو الموانع للمحوز عليه من القيام على الحائز لمطالبته بملكه، وقد اعتبر الفقهاء منها الصغر والسفه والخوف من الحائز لكونه ذا سطوة أو مستندا إلى ذي سطوة، وأدخل الفقهاء ضمن هذه الموانع المرأة المتزوجة التي يمنعها زوجها من الخروج ولا تتمكن من مخاصمة حائز ملكها، والمشتغل بالتجارة غدوا ورواحا يشهد له الشهود أنه غير تارك لحقه، ومن غاب شهوده أو فقد حجته ووجدها الآن أو حضر شهوده[39]، كل هؤلاء يعذرون في رأي الفقه بتلك الأعذار، ولا يحاز عليهم إلا بعد زوالها إلا إذا أثبت الحائز ولو ببينة السماع الشراء من المحوز عليه أو موروثه وخاصة الصغير والسفيه بواسطة نائبهما وذي الخوف والمرأة الممنوعة من الخروج، فإنه ينتفع بحيازته مع إثباته الشراء ولو ببينة السماع.

ولا يجوز إثبات البيع بالبينة طبقا للقانون الوضعي منذ صدور قانون الالتزامات والعقود الذي ينص الفصل 489 منه على وجوب ثبوت بيع عقار أو حق عيني عقاري بالكتابة، وقد زادت المدونة من التقييد في قبول إثبات أي

[39] البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ص 420.

تصرف في حق عيني عقاري إلا عن طريق محرر رسمي أو محرر عرفي ثابت التاريخ يحرره محام مقبول أمام محكمة النقض.

أما المدونة فقد اعتدت في هذه الأعذار في المواد 245، 250، 256 بالإكراه وحصول وضع اليد خفية أي على غير مشهد من الناس أو على الأقل من المالك أو صاحب الحق الذي يستعمله واللبس في الحيازة كأن يحتمل أنه يحوز لنفسه أو لغيره ولا يكون قصده واضحا في حيازيته كوجود أشياء في الشياع ويحوز الشريك شيئا منها ولكن استعماله يكون بنية أنه يوجد غيره يشاركه فيه، وعدم الاستمرار أو التقطع في المدة كأن يمضي في استعماله بين عمل وآخر فترة طويلة من الزمن لا يستعمله فيها[40] والغيبة وعدم علم الملك له والصغر والخوف من الحائز لكونه ذا سلطة أو مستندا إلى ذي سلطة ووجود مانع قاهر للمدعي يستحيل معه قيامه بالمطالبة ضد الحائز لملكه والذي يقدره القضاء في إطار سلطته.

ويلاحظ أن المدونة في مقاربتها لعيوب الحيازة الاستحقاقية أو أعذار وموانع المحوز عليه زاوجت في أخذها بها بين الفقه والقانون المقارن، فأدخلت موانع منصوصا عليها في الفقه كالصغر والغيبة وعدم علم الملك والخوف من الحائز وأضافت إليها موانع واردة في القانون والفقه الوضعي المقارنين من قبيل عدم التقطع والإكراه واللبس والمانع القاهر من القيام على الحائز، ولم تذكر عذر السفه للمحوز عليه إلى زواله.

ويطرح السؤال ما إذا كانت هذه الموانع في المدونة حصرية أم أن بالإمكان الرجوع فيما لم يرد فيها إلى الفقه المالكي؟

إن قيام مانع السفه مثلا منصوص عليه فقها يمكن أن يؤول عليه المانع القاهر الوارد في المدونة وكذلك المرأة المتزوجة الممنوعة من الخروج.

---

[40] عبد الرازق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 842 و860.

الفقرة الرابعة: شروط الملكية عن طريق الحيازة

لا تعد الحيازة دليلا على الملك وفقا للفقه الإسلامي بصفة عامة، إلا إذا توفرت معها عدة قيود هي شروط الملكية، وهي المشار إليها في لامية الزقاق بقوله:

يد نسبة طول كعشرة أشهر — وفعلا بلا خصم بها الملك يجتلا

وهل عدم التفويت في علمهم كما — ل أم صحة للحي للميت ذا إجلا

والشيخ خليل بقوله: وصحة الملك بالتصرف وعدم المنازع وحوز طال كعشرة أشهر وأنه لم يخرج عن ملكه في علمهم وتؤولت على الكمال في الأخير[41].

وقد أوصل الفقهاء هذه الشروط إلى ستة[42] وهي:

1. وضع اليد أو الحوز.
2. تصريح الشهود بأن المشهود به مال وملك للمشهود له ومن جعل شروط الملك خمسة لم يذكر هذا الشرط.
3. تصرف الحائز بمختلف أنواع التصرف في ملكه
4. نسبة المشهود له الملك لنفسه والناس إليه كذلك
5. عدم المنازع طيلة مدة الحيازة
6. عدم تفويت المشهود له لملكه[43]

والشروط الخمسة الأولى يشهد بها على البت والقطع، والشرط الأخير لا يشهد به إلا على العلم وإلا بطلت الشهادة لتعذر قطع الشهود فيه، فقد يفوت المشهود له ملكه سرا دون أن يطلع الشهود عليه وفي ذلك قول ابن رشد: إذ لا

---

[41] مختصر العلامة خليل، مرجع سابق، ص 227

[42] التدريب على تحرير الوثاق العدلية، مرجع سابق، ص 155 و 166.

[43] الخرشي على مختصر خليل، مرجع سابق، ص 230.

يصح للشاهد أن يشهد بمعرفة الملك حتى يغلب على ظنه انه لم يبع أو يفوت فهي محمولة على الصحة.

ثم أن هذا الشرط، عدم علم التفويت يعتبر شرط صحة في المشهود له الميت وشرط كمال في المشهود له الحي، وهو معنى قول الزقاق السابق:

وهل عدم التفويت في علمهم كما ل أم صحة للحي للميت ذا اجعلا

وقول خليل: وتؤولت على الكمال في الأخير، وهو عدم خروج الملك من المشهود له الحي.

وقد تقرر من كلام الفقهاء أن كل من شهد له بظاهر وجب أن يستظهر على باطنه باليمين، وفي شرح ميارة للتحفة عند قولها: ثم الشهادة لدى الأداء...قوله: ولا يكفي عن يمين الاستحقاق قول الشهود وما يعلمونه باعه ولا وهبه لأنهم إنما نفوا العلم فقط لأنهم شهدوا بالملكية على البت وباستمرارها على العلم، فاليمين في مقابلة دعوى ما لم يعلمه الشاهد من عدم استمرار الملك[44].

وبناء على ذلك فان مدعي الحيازة الاستحقاقية يحلف يمين الاستحقاق كلما كانت بينته مشهودا فيها بالملك لميت لقيام شرط عدم علم التفويت فيها شرط صحة.

أما شرط عدم المنازع الذي يشهد به على القطع فقد اعتبر الفقه فيه وقوع المنازعة ولو مرة واحدة، ولا يشترط عرض التراع على القاضي، بل كل منازعة ولو أمام غير القاضي تنخرم بها الحيازة ولا تستمر مدها، وتبدأ مدة جديدة[45].

---

[44] التدريب على تحرير الوثائق العدلية، مرجع سابق، ص 157.

[45] البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ص 419.

وقد اعتمدت المدونة في المادة 240 نفس مفهوم شروط الملك في الفقه فاستلزمت الشهادة بوضع اليد والنسبة والتصرف وطول المدة وعدم المنازع على البت والقطع والشهادة بعدم علم التفويت على سبيل العلم كما هو صريح العبارة في هذا الشرط متى كان لازما وذلك في حق المشهود له الميت.

و لم تنص المدونة على شرط شهادة الشهود بأن المشهود به مال من أموال المالك المشهود له أخذا برأي بعض الفقهاء الذين يجعلون شروط الملك خمسة فقط ولا يذكرون الشهادة بالمال والملك للمشهود له.

وعلى هذا الأساس فإن إقامة بينة الملك لمشهود له ميت من طرف ورثته يستوجب فيها ورود الشهادة بعدم علم التفويت تحت طائلة بطلان تلك الشهادة إذا لم تتضمن هذا الشرط، أما إذا استدل الورثة بوثيقة الملكية لموروثهم أقامها في حياته فإنها تقبل منهم ولو تكن تتضمن شرط الشهادة بعدم التفويت، ويلزمهم فقط إثبات استمرار الملك لهم بعد وفاته.

وقيدت المدونة شرط عدم المنازعة بأن تكون قضائية ويصدر الحكم فيها لصالح المنازع، إما تنازل المدعي عن دعواه أو تم رفضها فان منازعته لا تأثير لها على استمرار الحيازة (المادة 257).

ويلاحظ على المادة 240 من المدونة أنها جعلت الشروط التي نصت عليها شروط صحة في الحيازة بينما ليس المقصود صحة الحيازة، وإنما صحة شهادة الشهود بالملكية للحائز، ويدل لذلك أن الشيخ خليل في مختصره بحث صحة الملك في أحكام الشهادة وخاصة في أسباب الترجيح بين الحجج عند بيان ترجيح الملك على الحوز[46].

---

[46] وفي ذلك قوله في باب أحكام الشهادة: وصحة الملك بالتصرف وعدم المنازع الخ بعد قوله: وإن أمكن الجمع بين البينتين جمع وإلا رجع بسبب ملك. الخ.

الشيء الذي يفهم منه أن شروط الملك يشهد الشهود بها في صحة الملك وتقتضي الصياغة المناسبة لمطلع المادة 240 أن يرد فيها: يشترط في صحة بينة الملك بحيازة حائز...

شرط المدة:

تختلف مدة الحيازة المعتبرة شرطا للملكية بين الحيازة المكسبة وهي عشرة أشهر لأنها حيازة لمجهول أصل الملك لمن هو، والحيازة المبطلة لملك سابق قبلها وهي عشر سنين بين الأجانب والأقارب الذين بينهم عداوة وأربعون سنة بين الأقارب غير المتشاجرين بينهم، ولا حيازة بين الأب وابنه إلا بمدة طويلة تهلك فيها البينات وينقطع العلم بالمالك السابق مع ذلك فإن الرأي المعتمد والمعول عليه في الفقه أن الحائز الأجنبي إذا تصرف بالهدم والبناء والغرس فمن وقت قيامه بهذه الأشياء[47]، وكذلك الأجنبي الشريك مع شركته إذا تصرف في المدة وهي عشر سنوات بالهدم والبناء والغرس يستحق الملك مع حيازته وتوفر بقية شروط الملك.

هذه الأحكام المختلفة في مدة الحيازة بحسب نوع التصرف الذي ا تبقى معه أية مدة إذا كان بأقوى الأشياء من هدم أو بناء أو غرس لم تأخذ بها المدونة ونصت على كامل المدة في الحياز في جميع الأحوال وهي عشر سنين بين الأجانب والأقارب الذين بينه عداوة، وأربعون سنة بين الأقارب غير الشركاء الذين ليس بينهم عداوة، ومنعت الحيازة مطلقا بين الشركاء وذلك في المواد 250، 251، 255.

ولا يشترط في المدة اتصالها بالحائز الأول إلى تمامها ويجوز تلفيقها بين سلف وخلف كموروث ووارثه[48] وبائع ومشتري، كما تلفق مدة الحيازة في

[47] البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ص 418.

[48] البهجة في شرح التحفة، مرجع سابق، ص 420.

سكوت المحوز عليه بينه وبين خلفه الخاص والعام وهو الحكم الذي نصت عليه المدونة كذلك في المادة 247.

خاتمة:

إن حيازة حائز مع جهل مدخله تمثل الصورة الأوضح في الحيازة المبطلة للملك قبلها وإذا علم مدخله فإن الفقه على أنه إن كان ناقلا للملك فلا إشكال أن حيازة الحائز مع توفر بقية شروط الملك تنفعه كأن يثبت الشراء من المدعي أو من غيره أو أي عقد ناقل للملك وإن كان غير ناقل للملك من كراء وإيداع وعارية وإسكان فإن حيازته لا تنفعه لأنها عرضية ولا يمكن أن يغير سنده فيها ويعقد مع نفسه نية الكسب بها، ولذلك فإن الفقهاء اعتبروا أن المدخل المعلوم غير الناقل للملك استثناء من الحيازة ولا يستحق بها الملك، كما استثنوا منها ادعاء الحائز الشراء أو التبرع من المدعي أو موروثه المجرد عن الإثبات فأوجبوا حلفه اليميني على الشراء أو التبرع دون فرق بينهما على الرأي المعتمد خلاف ما ذهب إليه صاحب التحفة حين قال:

إلا إذا أثبت حوزا بالكرا — أو ما يضاهيه فلن يعتبرا

أو يدعي حصوله تبرعا — من قائم فليثبتن ما ادعى

أو يحلف القائم واليمين له — إن ادعى الشراء منه معلمة

أما الاستثناء الثالث للفقهاء من إعمال الحيازة المبطلة فيتعلق بادعاء الحائز الإقالة من المدعي من بيع صادر له منه، يحلف معه اليمين على الإقالة ويبقى له الملك مع حيازيته، وهو الاستثناء الذي ورد النص عليه كذلك في قول صاحب التحفة:

وأن يكن مدعيا إقاله — فمع يمينه له المقاله

ولم تنص المدونة على هذه الأحكام ولعل مرجع ذلك إلى وجوب تحرير عقد مكتوب للبيع أو الإقالة طبقا لما ينص عليه الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود، أما التبرع فلا يجزي إلا عن طريق الإشهاد عليه ومعاينة الحوز فيه حسب قواعد الفقه، وهذه الأحكام ظلت هي المطبقة إلى أن دخلت المدونة حيز التطبيق، والتي قصت في المادة 4 على أن كل تفويت لحق عيني عقاري لا يتم إلا بمحرر رسمي أو عرفي ثابت التاريخ يحرره محام مقبول أمام محكمة النقض إلا إذا وجد نص خاص.

ويظل السؤال مطروحا ولا جواب عليه في المدونة: ما حكم حيازة حائز إدعى شراء أو تبرعا أو إقالة ولا سند له رسمي أو عرفي؟

النشاط المادي لجريمة الخيانة الزوجية

ذ. محمد بن حمو
رئيس غرفة بمحكمة النقض

مقدمة:

تعتبر جريمة الخيانة الزوجية إحدى الظواهر الاجتماعية السلبية التي تشكل خطرا كبيرا ينخر جسم المجتمع ويهدد كيانه ويفتك بأواصر القرابة والعلاقة الأسرية. وقد أخذت هذه الظاهرة باهتمام المشرع المغربي الذي عالجها في إطار الباب الثامن من القانون الجنائي الذي يحمل عنوان: "**في الجنايات والجنح ضد نظام الأسرة والأخلاق العامة**"، ونظمها وحدد شروطها وأركانها في الفصول 491 و492 و493 من الفرع السادس من الباب المذكور تحت عنوان: "**في انتهاك الآداب**". ويظهر من الإطار التشريعي وعنوان الباب الثامن من القانون الجنائي والفرع السادس منه المشار إليهما أعلاه، أن المشرع المغربي ربط جريمة الخيانة الزوجية بالأخلاق والآداب العامة. بمعنى أن الطابع العام لهذه الجريمة محكوم بقيم وعادات وتقاليد المجتمع. وأن المصلحة المحمية قانونا بهذا الشأن هي الأسرة والمجتمع بالدرجة الأولى قبل الضحايا.

وإذا كان تجريم وعقاب الخيانة الزوجية لا يثير أي أشكال بخصوص ركنيها القانوني والمعنوي فإن الخلاف يبقى قائما بخصوص الركن المادي لهذه الجريمة أو النشاط المادي المكون لها. والخلاف هنا مرتبط بمفهوم "**العلاقة الجنسية**" الذي يعتبر هو الفعل المادي المكون لجريمة الخيانة الزوجية.

ولعل أبرز مثال على حدة النقاش بخصوص تفسير العلاقة الجنسية المكون للجريمة المذكورة هو الخلاف الذي ظهر بين عدد من المعلقين ورجال القانون بخصوص قرار محكمة النقض الصادر بتاريخ 2018/10/17 في الملف الجنائي عدد: 2017/3/6/21974، والذي اعتبر تبادل القبلات بين امرأة متزوجة وشخص أجنبي عنها خيانة زوجية. ولفهم الموضوع وتحديد المفهوم الصحيح للعلاقة الجنسية التي تكون النشاط المادي لهذه الجريمة سنعرض أولا لقرار محكمة النقض المذكور من حيث الوقائع والعلل المبررة له. ولوضع قرار محكمة النقض المذكور والخلاف الذي ثار بشأنه في سياقه التشريعي لابد أن نحدد الإطار القانوني لهذه الجريمة. ثم ننتقل لمناقشة وتحديد النشاط المادي للجريمة. وأخيرا نتطرق لعمل القضاء بهذا الشأن،ثم الخلاصة.

أولا: قرار محكمة النقض

أصدرت محكمة النقض بالرباط بتاريخ 17 أكتوبر 2018 في الملف الجنائي عدد: 2017/3/6/21974 قرارا تحت عدد: 3/1431 قضى برفض طلب النقض الذي تقدمت به سيدة متزوجة حكمت عليها غرفة الاستئنافات الجنحية بالمحكمة الابتدائية لبولمان ميسور من أجل الخيانة الزوجية بأربعة أشهر حبسا نافذا. وذلك استنادا إلى اعترافها في محضر الضابطة القضائية بتبادل القبل مع رجل أجنبي عنها. وهو القرار الذي أحدث ضجة كبيرة ونقاشا حدا بين مؤيد للقرار ومعارض له. ولوضع القارئ في الصورة نورد وقائع القضية وعلل قرار محكمة الموضوع التي قضت بالإدانة.

أ. وقائع القضية:

يستفاد من وثائق الملف أن الزوج المشتكي تقدم بشكاية بالخيانة الزوجية ضد زوجته المتهمة مفادها أنه يعمل خارج المنطقة التي يسكن فيها ويضطر إلى

الغياب عن بيته في فترات معينة تتعلق بالعمل. وأن سكان المنطقة ضبطوا زوجته، أثناء غيابه متلبسة بالخيانة الزوجية مع شخص أجنبي عنها. وأثناء التحريات التي قامت بها الضابطة القضائية استمعت إلى صهر المشتكي – وهو زوج أخته – فصرح بأنه ضبط المتهمة بدون حجابها الذي تضعه على رأسها عادة مع شريكها في الخيانة بقميص مفتوح الأزرار بمكان خال قرب بيت الزوجية الخاص بها وبزوجها المشتكي. كما استمعت الضابطة القضائية لشاهدين في الموضوع فأكدا الواقعة المذكورة. وعند الاستماع إلى المتهمة صرحت بأنها كانت على علاقة غرامية مع شريكها لأزيد من سنة تقريبا، وأنه خلال شهر رمضان قدم عندها إلى المنزل وأنها تبادلت معه القبل استعدادا لممارسة الجنس إلى أن باغتهما شاهدان. وعندها فر شريكها. وصرح هذا الأخير، عند الاستماع إليه، بأنه فعلا كان على علاقة غرامية مع الزوجة المتهمة وأنه في إحدى المرات تبادل القبل معها ثم خلعت سروالها ومارس عليها الجنس من دبرها، وأكد واقعة مفاجأته مع المتهمة من طرف الشاهدين المذكورين بمكان خال قرب منزلها يتبادلان القبل استعدادا لممارسة الجنس.

ب. حيثيات قرار محكمة الموضوع:

بعد متابعة النيابة العامة أصدرت المحكمة الابتدائية حكما قضى ببراءة المتهمة استنادا إلى خلو الملف مما يفيد الاتصال الجنسي. وهو الحكم الذي ألغته غرفة الاستئنافات الجنحية بنفس المحكمة في قرارها الصادر بتاريخ 2017/07/25 وقضت بإدانة المتهمة من أجل جريمة الخيانة الزوجية استنادا إلى العلل التالية:

«وحيث إنه بالرجوع للفصل 491 من القانون الجنائي فقرة 1 نجده ينص على ما يلي يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية ولا تجوز المتابعة في هذه الحالة إلا بناء على شكوى من الزوجة أو الزوج المجني عليه».

وحيث إن استدلال الحكم المستأنف بالقرار المبين أعلاه لنفي حالة التلبس عن المتهمة، لم يكن في محله، وإن كانت حالة التلبس التي ينص عليها الفصل 493 من القانون الجنائي غير متوافرة في نازلة الحال، فإن اعتراف المتهمة بأنها تبادلت القبل استعدادا لممارسة الجنس، يترل مترلة الاعتراف الذي تتضمنه مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهمة وهي وسيلة إثبات أخرى منصوص عليها في ذات المادة المذكورة أخيرا، واقتنعت المحكمة بهذا الاعتراف، اعتبار إلى باقي معطيات النازلة وتأسيسا على ما اتجهت إلى ذلك قرارات محكمة النقض[1]:

وحيث إنه وتماشيا مع قاعدة عدم التوسع في تفسير النص الجنائي، فإنه لا يجوز ربط أو إحالة مقتضيات جريمة معينة بجريمة أخرى إلا بنص صريح لا لبس فيه.

وحيث إنه وما دامت فقرة الفصل المذكور تحدد الجريمة في الخيانة الزوجية دون أن تتطرق لمفهومه وعناصره فإن ما أثير من الخيانة الزوجية تقتضي "**عنصر المواقعة** " أو "**الاتصال الجنسي بين المتهمين**" غير دقيق، على اعتبار أن هذا الفصل شرع لحماية العلاقة الزوجية من كل ما يخل بالثقة اللازمة لاستمرارها، كون عقد الزوجية هو ميثاق تراض وترابط شرعي بين رجل وامرأة على وجه الدوام، غايته الإحصان والعفاف، وإنشاء أسرة مستقرة برعاية الزوجية كما تخاطبنا به مقتضيات المادة 4 من مدونة الأسرة ومنه أن اعتراف المتهمة المضمن بمحضر الضابطة القضائية بتبادل القبل مع المتهم الثاني استعدادا لممارسة الجنس، هو إخلال خطير بما يوجبه ميثاق الزوجية الذي يربطها بزوجها المشتكي ولا يقل في شيء عن الاتصال الجنسي، مما يجعل مفهوم الخيانة الزوجية المنصوص عليه في فصل المتابعة يشمل تبادل القبل، كما اتصال الأعضاء

[1] قرار عدد 1573 بتاريخ 1980/12/28 م.ق.م.ع 65-86 ص 540.
قرار عدد 8717 تاريخ 1986/12/11 ملف جنائي عدد 85/16801 م.ق.م.ع عدد 81. 85 ص 191،
قرار 4/692 بتاريخ 1995/4/5 ملف عدد 91/25815 م.ق.م.ع عدد 49. 50 ص 212.
قرار عدد 1573 بتاريخ 1980/12/28 م.ق.م.ع عدد 65. 86 ص 540 أشير إليها بمرجع عبد العزيز توفيق "قضاء المجلس الأعلى في القانون الجنائي لغاية 2005 مع آخر التعديلات المطبعية الأولى 2006، مطبعة النجاح الجديدة من الصفحة 155 إلى غاية الصفحة 140".

التناسلية، وبالتالي فالعنصر المادي للخيانة الزوجية ثابت في حق المتهمة طالما أنها متزوجة، مما يجعل إنكارها ما هو إلا محاولة منها للتملص من المسؤولية الجنائية.

وحيث ثبت من خلال وسيلة الإثبات المبينة أعلاه اتجاه إرادة المتهمة إلى القيام بفعلها الثابت أعلاه وهي متزوجة بالمشتكي، بهدف ممارسة الجنس مع المتهم الثاني وهو ما يشكل العنصر المعنوي لجنحة الخيانة الزوجية.» انتهى كلام محكمة الموضوع.

ومن خلال علل القرار المذكورة يتبين أن محكمة الموضوع استندت في ثبوت الفعل إلى اعتراف المتهمة في محضر الاستماع إليها من طرف الضابطة القضائية، والذي وقعت عليه بأنها تبادلت القبل مع عشيقها استعدادا لممارسة الجنس. هذا الاعتراف يترل مترلة الاعتراف الذي تضمنته مكاتيب وأوراق صادرة عن المتهمة. وهي وسيلة إثبات قانونية طبقا لمقتضيات الفصل 493 من القانون الجنائي وللإشهاد القضائي القار بهذا الشأن.

والمحكمة مصدرة قرار الإدانة. فضلا على أنها تحققت من ثبوت الفعل عن طريق وسيلة إثبات قانونية، قدرت وقائع القضية المعروضة عليها في إطار سلطتها المخولة لها قانونا بهذا الشأن. وهكذا وضعت اعتراف المتهمة بتبادل القبل مع عشيقها استعدادا لممارسة الجنس في سياق وقائع القضية ووسائل الإثبات المتوفرة لديها والمتجلية في وجود علاقة غرامية بين المتهمة وعشيقها مدة سنة تقريبا بالإضافة إلى تصريح العشيق بممارسة الجنس على المتهمة من دبرها. والمحكمة المذكورة لما نصت على كل هذه الوقائع بعللها تكون قد بينت بشكل كاف من أين كونت قناعتها. واعتبرت أن تبادل القبل استعدادا لممارسة الجنس، في السياق المذكور، علاقة جنسية بمفهوم الفصل 491 من القانون الجنائي. فهل المحكمة طبقت القانون في هذه النازلة ؟ للجواب عن هذا السؤال لا بد أن تعرض للإطار القانوني لجريمة الخيانة الزوجية وتحليل النصوص التشريعية المتعلقة بها.

ثانيا: الإطار القانوني لجريمة الخيانة الزوجية

لقد جرم المشرع المغربي وعاقب على جريمة الخيانة الزوجية بمقتضى الفصل 491 من القانون الجنائي الذي ينص على أنه: "يعاقب بالحبس من سنة إلى سنتين أحد الزوجين الذي يرتكب جريمة الخيانة الزوجية. ولا تجوز المتابعة في هذه الحالة إلا بناء على شكوى من الزوجة أو الزوج المجني عليه. "وأول ما يلاحظ على هذا النص القانوني هو عدم تحديد الفعل المكون للخيانة الزوجية، بخلاف الفصل 490 من نفس القانون الذي عاقب على جريمة الفساد وحدد الفعل المكون له "بكل علاقة جنسية" بين رجل وامرأة. ونظرا لارتباط الجريمتين والنصين القانونيين الخاصين بهما فإنه لا نقاش في كون جريمة الخيانة الزوجية تثبت، هي أيضا، بكل علاقة جنسية يرتكبها أحد الزوجين. لكن الإشكال يبقى قائما، إذ أن المشرع لم يحدد مفهوم العلاقة الجنسية بوضوح. فهل تتحقق فقط بالمواقعة أو الوطء الطبيعي الذي يتحقق بإيلاج ذكر الرجل في فرج المرأة؟ أم أن ذلك يمتد إلى أفعال جنسية أخرى كالتقبيل واللمس في الأماكن الحساسة والوطء من الدبر أو من الفم... إلى غير ذلك؟

بالرجوع إلى النصوص القانونية المكونة للفرع السادس المتعلق بانتهاك الآداب، والذي وردت ضمنه النصوص المعاقبة على جريمة الفساد والخيانة الزوجية، نجد أن المشرع المغربي لما عاقب على الأفعال الواردة بهذا الفرع، حدد لكل جريمة الفعل المادي المكون لها يختلف عن باقي الأفعال المكونة للجرائم الأخرى من حيث التعبير الإصلاحي. وهكذا فقد حدد الأفعال المكونة لجريمة الإخلال العلني بالحياء في العري المتعمد أو البذاءة في الإشارات أو الأفعال. وحدد الفعل المكون لجريمة الاغتصاب في المواقعة، وجريمتي الفساد والخيانة الزوجية بكل علاقة جنسية. في حين أنه لم يحدد الفعل المكون لجريمة هتك العرض المنصوص عليها بالفصلين 484 و485 من القانون الجنائي. والمؤكد أن كل هذه الأفعال هي أفعال ذات طابع جنسي.

والملاحظ أن المشرع المغربي من خلال النصوص المذكورة، ميز جريمة الاغتصاب عن باقي الجرائم الأخرى إذ كان واضحا وصريحا بأنها لا تقوم إلا بالمواقعة وعبر عن ذلك بالفصل 486 من القانون الجنائي بالقول: "الاغتصاب هو مواقعة رجل لامراة بدون رضاها... " ودلالة هذا التمييز تعني أن هذه الجرائم، ما عدا جناية الاغتصاب، تقوم بكل فعل ذي حمولة جنسية سواء كان في شكل اعتداء كما الحال في جرائم هتك العرض، أو اتخذ شكلا رضائيا تبادلي كما هو الحال في جرائم الفساد والخيانة الزوجية.

وأن مفهوم العلاقة الجنسية في جريمة الخيانة الزوجية حسب النصوص المذكورة يشمل كل فعل جنسي غير مشروع يرمي إلى الاستمتاع الجسدي بهدف إشباع الغزيرة الجنسية. ويتعلق الأمر، إلى جانب المواقعة الطبيعية، بكل ممارسة جنسية، كالوطء من الدبر أو الفم ومقدمات الجماع من قبل ساخنة ولمس وفرك للأماكن الحساسة من جسم الإنسان. بل ويدخل في العلاقة الجنسية حتى الممارسات التي تتم ولو بدون احتكاك جسدي مباشر ويتعلق الأمر بجرائم الجنس التي تتم عبر شبكات التواصل الاجتماعي. فكثير من الأشخاص يمارسون أبشع صور الجنس وأحط الأفعال عن طريق الشبكات المذكورة، وتسجيل فيديوهات إباحية تملأ العالم الافتراضي. وهي طبعا كلها ممارسات جنسية وأعمال منافية للأخلاق والآداب. ومن الطبيعي أن تعتبر مثل هذه الممارسات خيانة زوجية إذا ارتكبها أحد الزوجين.

فكل الممارسات الجنسية المذكورة لها تأثير سلبي على الروابط الأسرية وتحدث اضطرابا اجتماعيا. فهي خيانة لالتزام الوفاء والإخلاص الذي يربط الزوجين في إطار عقد غايته الاستمرار والدوام وحصر الاستمتاع الجسدي بين طرفيه فقط. فالاستمتاع الجسدي ذو الطبيعة الجنسية هو عنصر شخصي نفسي خاص بالزوجين دون غيرهما. وبمعنى آخر فإن الخصوصيات الجسدية والعاطفية

تعتبر ملكا مشتركا لطرفي عقد الزواج، وأن التفريط في هذه الخصوصيات يؤدي إلى هدم الرابطة الزوجية وانهيار الأمانة المودعة في جسد كل واحد من الزوجين. وليس الجانب الاجتماعي وحده هو الذي يبرر عقاب جرائم الخيانة الزوجية بل أن الجانب النفسي له دوره الهام بهذا الشأن. فقدسية الزواج مرتبطة بشرف العائلة ومستقبل الأولاد. والخيانة الزوجية هي فضيحة و"خطيئة" اجتماعية لها تأثير مدمر على نفسية الأزواج ونفسية الأطفال. فهي تؤدي إلى تغيير الصورة النموذجية التي يضعها كل طفل لأبويه في ذهنه. فضلا على الصورة النمطية السوداوية التي يضعها المجتمع على جريمة الخيانة الزوجية كخطيئة ووصمة عار في حق الأسرة موضوع جريمة الخيانة الزوجية. وهو الأمر الذي يجعل الزوجين أكثر حساسية وأكثر تأثيرا، بأي فعل جنسي يأتيه أحدهما خارج إطار العلاقة الزوجية ولو لم يؤد إلى المواقعة. فالعلاقة الزوجية تحكمها، بالإضافة إلى القانون قيم وعادات وتقاليد المجتمع. وأن مخالفة هذه القواعد والأحكام هو مخالفة للنظام العام. ويؤدي ذلك إلى اضطراب اجتماعي. وهو المبرر للعقاب في القانون الجنائي، وفق ما ينص عليه الفصل الأول منه كالتالي: "يحدد التشريع الجنائي أفعال الإنسان التي يعدها جرائم بسبب ما تحدثه من اضطرب اجتماعي، ويوجب زجر مرتكبيها بعقوبات أو تدابير وقائية". إن غاية القواعد القانونية هي التصدي لكل فعل مشين يؤدي إلى خلق اضطراب في الوسط الاجتماعي. وهي قواعد آمرة تهدف إلى الحفاظ على كيان الدولة وعدم المس بها اجتماعيا على صعيد الفرد والأسرة والجماعة.

ولعل الغموض الذي يلف موضوع تحديد العلاقة الجنسية في جريمة الخيانة الزوجية هو الخلط بين مفهوم هذه الأخيرة من الناحية القانونية، وبين الزنا في الشريعة الإسلامية. وهو الموضوع الذي سنحاول معالجته كالتالي:

الخيانة الزوجية والزنا:

أكثر ما يلاحظ على بعض الدراسات القانونية والفقهية، ذات الصلة بالموضوع، هو الخلط بين الأدلة الشرعية لإثبات الزنا في الشريعة الإسلامية، وبين إثبات الفعل المكون للنشاط المادي في جريمة الخيانة الزوجية. فالزنا في الشريعة الإسلامية تثبت بمعاينة أربعة شهود للزاني والزانية وهما يمارسان الجنس. ويذهب البعض إلى القول بأن الزنا لا تثبت إلا بتمرير خيط بين جسمي الزاني والزانية، أثناء الممارسة الجنسية، للتأكد من ثبوت الزنا. ويذهب البعض إلى إسقاط هذا الرأي على جريمة الخيانة الزوجية في القانون دون شعور أو تحليل عميق. بل ويخلطون بين ذلك وبين حالة التلبس كوسيلة إثبات في جريمة الخيانة الزوجية طبقا للفصل 493 من القانون الجنائي. فالمشرع المغربي لم يأخذ بوسائل إثبات الزنا في الشريعة الإسلامية بل حدد وسائل إثبات الخيانة الزوجية في الفصل 493 المذكور على سبيل الحصر، كما تمت الإشارة إليه أعلاه. واستبعد شهادة الشهود من إثبات الجريمة المذكورة. ولم يستعمل كلمة المواقعة أو الوطء أو الجماع للقول لوجود جريمة الخيانة الزوجية. بل عبر عن ذلك "بكل علاقة جنسية" وهي عبارة عامة وشاملة للعديد من الممارسات الجنسية. وعلى العكس من ذلك كان المشرع واضحا وصريحا في جريمة الاغتصاب لما عبر عنها بالمواقعة.

ويذهب البعض ممن يرون أن الخيانة الزوجية لا تثبت إلا بالمواقعة، شأنها شأن الزنا إلى كون مناط التجريم فيها هو النسب. صحيح أن حماية الأنساب هو سبب من أسباب تجريم الخيانة الزوجية ولكنها ليست السبب الوحيد في ذلك. بل أن حماية الأسرة وكيان المجتمع وقيمه تعتبر كذلك من أسباب التجريم. إن العلاقات الجنسية، في مفهومها الواسع، لها تأثير سلبي على العلاقات الزوجية مما يؤدي إلى اضطراب اجتماعي. فالزواج هو عقد ونظام غايته الدوام والاستمرار ومحله تمتع كل طرف بالآخر، أو ما يسمى بالاستمتاع المتبادل. وأن التفريط في ذلك وهو خرق لالتزام تعاقدي تحكمه، إلى جانب القواعد القانونية

الآمرة، قيم وعادات وتقاليد المجتمع. وأن مخالفة هذه القواعد والأحكام هي مخالفة للنظام العام. فالخيانة الزوجية هي "إخلال بالثقة بين الزوجين" حسب موسوعة دالوز (ريولط ص 619).

وإذا كان مفهوم العلاقة الجنسية في جريمة الخيانة الزوجية غير محددة بدقة في القانون فإن القضاء يبقى هو الآلية الرئيسية والأهم في تحديد هذا المفهوم وإعطائه التفسير المناسب والمقبول.

العمل القضائي:

إن أغلب القضايا المتعلقة بجريمة الخيانة الزوجية التي تصدى لها القضاء المغربي قبل سنة 2015، لم يكن التراع بشأنها يتعلق بالنشاط المادي المكون لها بشكل رئيسي. فالقضاء المغربي لم يحسم بشكل صريح وواضح في الفعل المكون للجريمة المذكورة. فقد كان أغلب النقاش منصب على وسائل الإثبات والمشاركة في الخيانة الزوجية، إلا بعض القضايا القليلة جدا التي تطرقت لمفهوم النشاط المادي وبشكل محدود جدا. وابتداء من سنة 2015 تصدت محكمة النقض المغربية، وبكل شجاعة، لمفهوم النشاط المادي لجريمة الخيانة الزوجية بشكل واضح وصريح. وفسرت العلاقة الجنسية - كنشاط مادي في هذه الجريمة - بأنه كل فعل مادي جسدي مرتبط بالرغبة الجنسية ويمس قدسية الرابطة الزوجية. ومن بين هذه القرارت الصادرة عن محكمة النقض القرار عدد 3/448 بتاريخ 2016/04/06 في الملف الجنائي عدد 45-2015/21244 والذي جاء فيه: "لكن، حيث إن ممارسة الجنس قد تتخذ صورا متعددة ذلك أن المشرع المغربي عرف الفساد في المادة 490 من القانون الجنائي بكل علاقة جنسية غير مشروعة بين رجل وامرأة، ومحكمة القرار عندما لم توضح مفهوم الفساد أو العلاقة الجنسية الذي أسست عليه قضاءها من خلال المادة المذكورة لتتحقق من

قيام الركن المادي لجنحة الخيانة الزوجية التي قد تتحقق بكل فعل مادي جسدي مرتبط بالرغبة الجنسية ويمس قدسية الرابطة الزوجية. تكون قد جعلت قضاءها مشوبا بنقصان التعليل الموازي لانعدامه خاصة أن المطلوبة التي ضبطت بخلوة رفقة المتهم الثاني تعترف بأنها تبادلت القبل مع هذا الأخير ولامسها في أماكن حساسة من جسدها مما يستوجب النقض والإبطال.

وبعد ذلك توالت القرارات بهذا الشأن إلى أن أصدرت محكمة النقض قرارها عدد 3/1431 المؤرخ في 2018/10/17 في الملف الجنائي عدد 2017/3/6/21974 المشار إليه أعلاه. وهو القرار الذي أحدث ضجة كبيرة داخل المغرب بين مؤيد ومعارض. ولعل ما يعيبه البعض على قرار محكمة النقض الأخير هو عدم التقيد بقاعدة عدم التوسع في تفسير القانون وغياب حالة التلبس.

إن أغلب التعليقات التي اعتبرت أن القرار المذكور لم يستند في إثبات الجريمة على حالة التلبس هي أراء يبدو أن أصحابها لم يستطيعوا التحرر من مسألة إثبات جريمة الخيانة الزوجية عن طريق تمرير خيط بين جسدي الرجل والمرأة أثناء مباغتتهما يمارسان الجنس. والحال أن المشرع المغربي كان واضحا في تحديد وسائل إثبات جريمة الخيانة الزوجية عندما نص بالفصل 493 من القانون الجنائي على أن جريمة الخيانة الزوجية لا تثبت إلا بناء على محضر رسمي يحرره أحد ضباط الشرطة القضائية في حالة التلبس أو بناء على اعتراف تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم أو اعتراف قضائي. وقرار محكمة النقض موضوع الجدل اعتمد في إدانة المتهمة على اعترافها التمهيدي الذي يعتبر بمثابة اعتراف تضمنته مكاتيب أو أوراق صادرة عن المتهم .

إن حالة التلبس التي نص عليها المشرع المغربي، كوسيلة إثبات في جريمة الخيانة الزوجية، ليست هي معاينة أربعة شهود للزنا في الشريعة الإسلامية. فالمشرع لم يأخذ بوسائل الإثبات التي أخذت بها الشريعة الإسلامية في إثبات

الزنا. فهو قد حاول التوفيق بين مقاصد الشريعة الإسلامية بخصوص حماية الأسرة من الكيد والخداع والوشاية الكاذبة، وبين الواقع الذي نعيشه اليوم. وهكذا تشدد المشرع في وسائل إثبات الخيانة الزوجية وحددها على سبيل الحصر مستبعدا شهادة الشهود منها.

ومن جهة أخرى فإن قرار محكمة النقض المشار إليه لم يخرق قاعدة عدم التوسع في تفسير القانون؛ إذ أنها لم تخلق أية قاعدة قانونية جديدة و لم تعمل على تمديد التشريع الموجود بخصوص الخيانة الزوجية إلى حالات لم ينص عليها القانون صراحة و لم يقصدها. و لم تلجأ إلى القياس في مجال التجريم والعقاب . إن تفسير قرار محكمة النقض لفعل "تبادل القبل من أجل ممارسة الجنس" واعتباره يشكل جريمة الخيانة الزوجية لا يعتبر توسعا في تفسير القانون. لأنه فعل مدان قانونا وأخلاقيا ودينيا واجتماعيا. ولتوضيح معنى التوسع في تفسير القانون المضر بالمتهم أسوق مثالا على ذلك يتعلق بجريمة الاغتصاب التي لا تتم حسب الفصل 486 من القانون الجنائي إلا بمواقعة رجل لامراة. فإذا قلنا بأن القبل أو أي فعل من أفعال هتك العرض أنها تشكل النشاط المادي لجريمة الاغتصاب نكون قد توسعنا في تفسير القانون تفسيرا أضر بالمتهم لأنه سيؤدي إلى العقاب على هذه الجريمة ولو بارتكاب أفعال دون المواقعة. وهو ما يخالف ما قصده المشرع.

إن التفسير الذي يلجأ له القضاء يهدف إلى الكشف عن إرادة المشرع لا الحلول محله، ولو كان ذلك في غير صالح المتهم. ويتم ذلك باللجوء إلى مختلف الوسائل سيما الرجوع إلى الأعمال التحضيرية ومصادر التشريع والمناقشات والآراء الفقهية والقضائية، مع الأخذ بالاعتبار قصد المشرع بالتجريم والمصلحة المحمية قانونا. وتعتبر الأخلاق العامة وقيم وتقاليد المجتمع من أهم الآليات التي لا يمكن إقصاؤها عند تفسير القواعد القانونية. وهذا ما سلكته محكمة النقض في قرارها المذكور.

والقضاء بصفته الساهر على التطبيق الصحيح للقانون، من حقه تحيين النصوص وتمديدها إلى أشكال جديدة من الاعتداء على حق أو مصلحة لم يكن بإمكان المشرع توقعها وقت وضع القانون.

الخلاصة:

وخلاصة القول أن المفهوم الذي يعتبر أن النشاط المادي لجريمة الخيانة الزوجية يقتصر على الوطء أو المواقعة هو مفهوم قاصر؛ لأنه يختزل هذه الخيانة في شكلها المادي فقط، القائم على إيلاج ذكر الرجل في فرج المرأة أو المواقعة الطبيعية والتي قد تكون عملية عابرة بدون إحساس أو عاطفة متبادلة، بخلاف أفعال جنسية أخرى قد تكون كلها أحاسيس ومشاعر عاطفية متبادلة مؤثرة على عمق الرابطة الزوجية. ومرد هذا اللبس في تحديد النشاط المادي لهذه الجريمة هو الخلط بين الخيانة الزوجية والمواقعة، والذي يقابله في اللغة الفرنسية مصطلح Adultere ومصطلح Fornication.

وللتذكير فقط فإن قرار محكمة النقض هذا لا ينطبق على كل القبل بل فقط على القبل الساخنة التي تكون مقدمة للجنس. أما القبل العابرة كقبل المصافحة والتهنئة فإن القرار المذكور لا يعنيها.

ومن جهة أخرى فإن ما ينطبق على جريمة الخيانة الزوجية لا ينطبق على جريمة الفساد التي تتم بالمراضاة بين رجل وامرأة لا يرتبط أي منهما بأي زواج أو التزام تعاقدي بهذا الشأن. بالإضافة إلى عدم وجود ضحايا مباشرين لجنحة الفساد. وخطورتهما أقل من خطورة جريمة الخيانة الزوجية.

ونختم بالقول بأن عمل القضاء غير مرتبط بأي خلفية فكرية أو سياسية أو غيرها بل هو يطبق القانون بحياد إيجابي وباستقلالية تامة عن كل الخلفيات.

نشأة الحقوق
موضوع التقييدات المؤقتة في الرسوم العقارية

د. حسن فتوخ

مستشار بمحكمة النقض

رئيس قسم التوثيق والدراسات والبحث العلمي

تمهيد:

يشترط لإجراء التقييدات المؤقتة من طرف من له المصلحة في ضمان مركز قانوني معين، أن يكون الحق المراد المحافظة عليه متعلقا بعقار محفظ، حتى يتأتى له إشهاره عن طريق تقييد بالرسم العقاري الخاص به، والاستفادة بالتالي من الحماية القانونية التي تترتب على هذا الإجراء في مواجهة الكافة.

ذلك أن الحق المراد حمايته تشريعيا من طرف القضاء عن طريق سلوك مسطرة التقييدات المؤقتة، يجب أن يكون موجودا على الأقل بين طرفي العلاقة التعاقدية، حتى يتمكن صاحبه من مطالبة الملتزم بالعمل على تمكينه من حقه اختيارا أو جبرا، وله تقييد مقال الدعوى في الرسم العقاري، تحقيقا للغاية التي شرع من أجلها نظام الإشهار العيني الذي تبناه القانون العقاري المغربي.

وغني عن البيان أن عدم تحيين الرسم العقاري يؤدي لزوما إلى نتيجة حتمية مفادها حصول عدم التطابق بين البيانات المدونة به، وبين الواقع الذي

يعرف إبرام تصرفات قانونية غير مسجلة، الشيء الذي ينعكس لا محالة بشكل سلبي على واقع الحق المتعلق بالرسم العقاري المذكور. ولعل تناول موضوع هذا المطلب يقتضي تقسيمه إلى محورين اثنين على الشكل التالي:

المحور الأول: الوجود القانوني للحق محل التقييدات المؤقتة

المحور الثاني : اكتمال الحق وقت إجراء التقييدات المؤقتة

المحور الأول:

الوجود القانوني للحق محل التقييدات المؤقتة

الفقرة الأولى: الوجود القانوني للحجز العقاري وأثره على القسمة

أولا: الحجز العقاري ضمان لحق شخصي

يمكن تقييد الحجز العقاري بنوعيه التحفظي والتنفيذي بالرسم العقاري لاستيفاء الدين المترتب بذمة المدين المالك إما لعقار محفظ، أو غير محفظ، أو في طور التحفيظ، وذلك بعلة أن سبب إجرائه على العقار المحفظ يتمثل في منع المدين من التصرف في عقاره عن طريق التفويت، وأحقية الدائن الحاجز في مواصلة إجراءات البيع بالمزاد العلني، والحيلولة دون إجراء أي تقييد جديد من طرف المحافظ العقاري بعد تقييده للحجز العقاري. ومن ثم فإن الحجز العقاري المقيد بالرسم العقاري لا يمكن أن يكون إلا لضمان استيفاء دين في ذمة المدين، بدليل أن المشرع خول لمن له مصلحة في الحفاظ مؤقتا على حق عيني برسم عقاري سلوك مسطرة التقييد الاحتياطي وفق الفصلين 85 و86 من ظهير التحفيظ العقاري. وبعبارة أخرى، فإن الحجز العقاري يمكن إجراؤه على عقار غير محفظ أو في طور التحفيظ بسبب ليس هو قيام الدين المترتب في ذمة المدين، وإنما لوجود حق عيني يخشى ضياعه.

ذلك أن هذا الاتجاه يمثل موقفا قضائيا لمحكمة النقض الذي أكدته في معرض حيثيات أحد قراراتها كما يلي:

"... إذا كان الحجز التحفظي للعقار شرع لحماية دين بالنسبة للعقار المحفظ،

فما ذلك إلا لوجود مسطرة خاصة لكفالة حق عيني عقاري هي مسطرة التقييد الاحتياطي، أما العقار غير المحفظ، فليست هناك مسطرة تكفل هذا الحق سوى الحجز التحفظي ولو بسبب ليس منشؤه الدين، وذلك لوجود حق عيني يخشى ضياعه..."[1].

ونعتقد أنه لا يمكن ضمان حق عيني عن طريق الحجز العقاري ولو تعلق الأمر بعقار غير محفظ أو في طور التحفيظ، على اعتبار أن الغاية من إجرائه تتمثل دائما في ضمان حصول الوفاء بالدين عن طريق حجزه تحفظيا وتحويله إلى حجز تنفيذي لمواصلة إجراءات البيع بالمزاد العلني، أو إجراء حجز تنفيذي مباشرة من طرف العون المكلف بإجراءات التنفيذ قصد عرض العقار المحجوز تنفيذيا للبيع الجبري.

وسندنا التشريعي في ذلك هو مقتضيات الفصل 452 من ق.م.م التي تحدثت صراحة عن صلاحية رئيس المحكمة الابتدائية في تحديد مبلغ الدين على وجه التقريب الذي رخص الحجز بسببه. ومن ثم فإن الاتجاه القائل بغير ذلك من شأنه تحميل النص التشريعي أكثر مما يحتمل في مبناه ومعناه، ويكون بالتالي فاقدا للمسوغ القانوني.

لذلك، فقد تراجعت محكمة النقض عن الاتجاه المشار إليه أعلاه مؤكدة من خلاله "أن الحجز التحفظي يقع من أجل ضمان أداء مبلغ مالي طبقا للفصل 452 من ق.م.م، وليس للحفاظ على حق عيني عقاري على عقار محفظ الذي يتم بإجراء تقييد احتياطي وفق مقتضيات الفصلين 85 و86 من ظهير التحفيظ العقاري، وقرر بالتالي نقض القرار المطعون فيه القاضي برفض طلب رفع الحجز التحفظي على عقار محفظ من أجل الحفاظ على العقار الذي يدعي طالب

[1] قرار محكمة النقض عدد 8490 صادر بتاريخ 21 دجنبر 1988 في الملف المدني عدد 84/2864 مجلة المحاكم المغربية – عدد 60– ص 47.

الحجز شراءه دون تمكينه من تقييد الشراء"[2].

ويلاحظ من خلال حيثيات هذا القرار أن قضاء محكمة النقض وضع حدا للجدل الفقهي الذي كان سائدا حول مسألة إجراء الحجز العقاري كبديل للتقييد الاحتياطي في ضمان الحقوق العينية المضمنة في الرسم العقاري، لأن هناك بونا واسعا بين الوجود القانوني للحق الذي يضمنه الحجز العقاري، وبين الوجود القانوني للحق الذي يحافظ عليه التقييد الاحتياطي، إذ إن وجود دعوى عينية عقارية ترمي إلى استحقاق العقار موضوع النزاع جارية بين الورثة والحاجز تفيد قطعا أن الحق المتنازع عليه موجود قانونا ومتعلق برسم عقاري، وأن الوسيلة الوحيدة لضمانه والمحافظة عليه من الناحية القانونية هي إجراء تقييد احتياطي لمقال الدعوى المذكورة بالرسم العقاري، وليست مسطرة الحجز العقاري التي شرعت لضمان استيفاء الديون من بيع العقارات المحجوزة بالمزاد العلني.

وقد أكدت محكمة النقض هذا التوجه من خلال أحد قراراتها المؤرخ في 07 يوليوز 2015 معتبرة في حيثياته ما يلي:

"لما كان الحجز التحفظي يؤمر به من أجل ضمان أداء مبلغ مالي متى كان ثابتا أو ظهر من وثائق الملف ما يثبت جديته، فإن ثمن بيع العقار الذي تسلمه البائع من المشتري لا يمكن اعتباره دينا في ذمة البائع يبرر إجراء الحجز التحفظي

[2] قرار محكمة النقض عدد 710 صادر بتاريخ 10 مارس 2004 في الملف المدني عدد 1/4062/ 2002 - منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 64-65- سنة 2006— ص 30 الذي جاء في معرض حيثياته:

"... حيث صح ما عابه الطاعنون على القرار ذلك أنه اعتمد في قضائه برفض طلب رفع الحجز التحفظي الواقع على عقارهم موضوع الصك العقاري عدد على أن "طلب الحجز في النازلة كان من أجل الحفاظ على العقار المطلوب حجزه حتى لا يقع التصرف فيه من طرف الورثة تصرفا يضر بطالب الحجز الذي يدعي شراءه دون **تمكينه من الحيازة القانونية خاصة وأن هناك دعوى رائجة بين الطرفين حول إتمام البيع". في حين أنه بمقتضى الفصل 452 من ق.م.م فإن الحجز التحفظي يقع من أجل مبلغ مالي وليس للحفاظ على حق عيني على عقار محفظ الذي بمقتضى الفصل 85 من ظهير 12- 8- 1913 بشأن التحفيظ العقاري** الذي يخول لكل من يدعي حقا في عقار محفظ أن يطلب تقييدا احتياطيا قصد الاحتفاظ المؤقت بهذا الحق...".

ما دام أن المشتري لم يثبت أنه تعذر على البائع نقل ملكية المبيع أو أن هناك دعوى للفسخ واسترداد الثمن"[3].

كما أن نفس المحكمة تواترت في قضائها على تكريس نفس التوجه أعلاه من خلال قرارها الصادر بتاريخ 05 يناير 2016 الذي جاء فيه:

لكن، ردا على الوسيلة، فإن المحكمة اعتمدت وبالأساس – وعن صواب – في قضائها على أن الأمر لا يتعلق في النازلة بدين مترتب في ذمة المطلوبين في النقض تجاه الطاعنين، وإنما بإتمام إجراءات البيع موضوع رسم شراء موروثهم عدد 149 وذلك حين عللت قرارها بأن "الثابت من ظاهر الوثائق أن طلب إيقاع الحجز مؤسس على عقد بيع والحال أن المستأنف عليهم لا يطالبون بأي دين في مواجهة المستأنفين على نحو يسمح لهم بإيقاع هذا الحجز وإنما طالبوا بإتمام إجراءات البيع موضوع عقد البيع المحتج به وأنهم في المراحل المتقدمة لتنفيذه مما يعني أنهم يطالبون بحق عيني قد حدد المشرع طرق حمايته من خلال الأحكام المتعلقة بالتقييد الاحتياطي، وأنه بانعدام الدين ينعدم مبرر إيقاع الحجز" مما تبقى معه الوسيلة على غير أساس "[4].

---

[3] القرار عدد 419 الصادر بتاريخ 07 يوليوز 2015 في الملف المدني عدد 2015/8/1/1215 منشور بمجلة محكمة النقض – العدد 80 - سنة 2015. ومما جاء في حيثياته:

"لكن، ردا على السبب، فإن الحجز التحفظي إنما يؤمر به من أجل ضمان أداء مبلغ مالي متى كان ثابتا أو ظهر من وثائق الملف ما يثبت جديته، وأن ثمن بيع العقار الذي تسلمه البائع من المشتري لا يمكن اعتباره دينا في ذمة البائع يبرر إجراء الحجز التحفظي ما دام أن المشتري لم يثبت أنه تعذر على البائع نقل ملكية المبيع أو أن هناك دعوى للفسخ واسترداد الثمن، ولذلك فإن القرار حين علل بأن: "الغاية من الحجز تطبيقا لمقتضيات الفصل 452 من قانون المسطرة المدنية هو وضع أموال المدين تحت يد القضاء وغل يده عن التصرف فيها تصرفا يضر بدائنيه تمهيدا لنزع ملكيتها لمصلحة هؤلاء واستيفاء حقوقهم من ثمنها، وأنه لم يثبت من خلال الوثائق المدلى بها قيام أي دين محقق أو له ما يرجح جديته وتحققه بذمة المحجوز عليه لفائدة الطرف الحاجز، وأن الاستدلال بعقد بيع قطعة أرضية من قبل الطرف الأول للطرف الثاني وأداء ثمنها للبائع لا يبرر الاستجابة لطلب إيقاع الحجز لضمان أداء ثمن المبيع"، فإنه نتيجة لما ذكر يكون القرار معللا والسبب على غير أساس".

[4] قرار عدد 8/08 المؤرخ في 2016/01/05 ملف مدني عدد 2015/8/1/3796 غير منشور.

ثانيا: إشكالية قسمة العقارات المحفظة المثقلة بحجز عقاري

إذا كان الحجز العقاري يقع ضمانا لدين في ذمة المدين الذي قد يكون مالكا لحصة مشاعة[5] على الرسم العقاري، فإن الإشكال الذي يثار من الناحية العملية يتعلق بمدى إمكانية تحقق الحماية من عدمها في حالة طلب إجراء قسمة قضائية أو اتفاقية من طرف أحد المالكين على الشياع رغم كون العقار مثقلا بحجز عقاري؟

وجوابا عن ذلك، فإن الغاية من إجراء حجز عقاري على حصة مشاعة في عقار محفظ تتمثل في بيعها بالمزاد العلني لاستيفاء مبلغ الدين من منتوج البيع بعد تقييد المشتري الراسي عليه بالمزاد العلني بالرسم العقاري. إذ إن البيع الجبري سيطال الحصة المشاعة وحدها دون باقي الحصص المشاعة الأخرى لكونها مملوكة لأشخاص آخرين غير المدين[6].

---

[5] ينص الفصل 960 من ق.ل.ع على أنه: "إذا كان الشيء أو الحق لأشخاص متعددين بالاشتراك فيما بينهم وعلى سبيل الشياع فإنه تنشأ حالة قانونية تسمى الشياع أو شبه الشركة. وهي إما اختيارية أو اضطرارية".

[6] جاء في حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش ما يلي:

"حيث ترمي الدعوى إلى إتمام إجراءات البيع وأمر المحافظ العقاري بتسجيل البيع بالمزاد العلني الواقع من طرف كتابة الضبط بتاريخ 28 مارس 2001 بشأن المترل موضوع التراع. وحيث اتضح للمحكمة من خلال الرجوع إلى محضر المزاد أن المدعيتين اشترتا الدار موضوع الدعوى التي كانت موضوع حجز عقاري.

وحيث إنه بالاطلاع على الشهادة العقارية المستخرجة من الصك العقاري عدد 20856م يتضح أن موروثة المدعى عليهم (...) لا تملك في العقار موضوع البيع سوى حقوقا مشاعة قدرها 34 من أصل 60.

وحيث إن العقد العرفي المؤرخ في 10 يوليوز 1984 والتي تدعي المدعيتان أن المسماة (...) المالكة على الشياع في الصك العقاري المذكور باعت نصيبها على الشياع للمسماة (...) هذا العقد ليس تاما وإنما علق طرفاه إتمامه على دفع بقية الثمن وتوقيع العقد النهائي وهو الأمر الذي لم يثبت للمحكمة. وحيث إن ورثة الهالكة (...) ملزمين بوصفهم خلفا عاما للهالكة المذكورة بإتمام إجراءات البيع التي تمت بالمزاد العلني وذلك بتسجيل إراثة الهالكة بالصك العقاري لتتمكن المدعيتان من تسجيل حقوقهما بالصك المذكور.

وحيث يتعين التصريح أن البيع بالمزاد العلني الذي اشترت المدعيتان بمقتضاه الدار موضوع الدعوى لم ينصب سوى على جزء شائع قدره 34 على 60 باعتبار ما للغير من حقوق على العقار المذكور.

وحيث ينبغي لأجل ما ذكر التزام المدعى عليهم (...) بإتمام إجراءات البيع بخصوص الصك العقاري المذكور وفقا لما ذكر أعلاه". - حكم عدد 7469 صادر بتاريخ 3 يوليوز 1995 في الملف رقم 94/3090 غير منشور .

وجدير بالذكر أن المشرع المغربي وإسوة بالقانونين المصري واللبناني منع باقي الشركاء على الشياع من حق شفعة الحصة المبيعة بالمزاد العلني من يد المشتري الراسي عليه المزاد بمقتضى المادة 302 من مدونة الحقوق العينية التي تنص على ما يلي:

" إذا بيعت الحصة المشاعة في المزاد العلني وفق الإجراءات المنصوص عليها في القانون فلا يجوز أخذها بالشفعة ".

وترتيبا على ذلك، فإن إيقاع حجز عقاري من طرف الدائن الحاجز لا يحول قانونا دون طلب إجراء قسمة عينية قضائية من طرف أحد المالكين على الشياع[7]، أو إجراء قسمة اتفاقية بين جميع المالكين بمن فيهم المدين المحجوز عليه، على اعتبار أن القسمة العينية لا تنشئ حقوقا للمالكين على الشياع بشأن حق تملكهم الثابت قبل وقوع القسمة، وإنما تكشف فقط عن وضع جديد للتملك باستقلال عن حالة الشياع القائمة بين الشركاء بالرسم العقاري، أي يصبح الحق العيني لكل مالك على الشياع مفرزا ومستقلا عن الرسم العقاري الأصلي عن طريق إنشاء رسوم عقارية فرعية لجميع القطع أو الشقق المفرزة[8].

وعليه فإن طلب إجراء قسمة قضائية من طرف المالكين على الشياع بشأن

---

[7] جاء في قرار لمحكمة النقض عدد 346 صادر بتاريخ 23 يونيو 2015 في الملف المدني عدد 2014/4/1/2172 منشور بمجلة محكمة النقض - العدد 80 - سنة 2015 ما يلي:

"من المقرر فقها أن شرط قسمة القرعة تماثل المقسوم ومتى تعددت العقارات أفرد كل نوع ولا تجمع إلا إذا تساوت قيمة ورغبة وتقاربت. والمحكمة لما صادقت على الخبرة مع إعمال القرعة عند التنفيذ رغم ما أثاره الطاعن من كونها جمعت بين عقارات مختلفة في القسمة وأفردت مجموعة منها لمشتاعين في جهة معينة وأفردت أخرى لمشتاعين آخرين، تكون قد خالفت مقتضيات المادة 317 من مدونة الحقوق العينية، والقواعد الفقهية المعمول بها في هذا المجال".

[8] تجدر الإشارة إلى أن صدور حكم بقسمة عقار محفظ قسمة عينية لا ينتج أي أثر إلا من تاريخ تسجيله بالرسم العقاري عملا بمبدأ الأثر الإنشائي للتسجيل. وعليه، يمكن القول إنه ولئن كان الحكم بالقسمة ذا طبيعة كاشفة، فإن وجوب تسجيله بالرسم العقاري لترتيب آثاره يكتسي طبيعة منشئة لاستخراج رسوم فرعية من الرسم العقاري الأصلي.

عقار محفظ مثقل بحجز عقاري لا يخلو من فرضيتين:

الفرضية الأولى : أن يكون العقار المثقل بحجز عقاري قابلا للقسمة العينية بين جميع الشركاء، بحيث إن الحجز الجاري على الحصة المشاعة يدور معها وجودا وعدما[9]. أي أنها تبقى مثقلة به في حالة الشياع، ويتحول معها إلى الرسم العقاري الفرعي عند وقوع القسمة العينية[10]، الشيء الذي تتحقق معه

---

[9] جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي:

" ... لقد صح ما عابته الوسيلة على القرار، ذلك أن القسمة هي تمييز حق مشترك بفصله عن غيره وأن قسمة القرعة يحكم بها ويجبر عليها من أباها من انتفع كل واحد منهما بقسمة و لم يحصل ضرر لواحد منهما بذلك القسم، وأنه لا يجبر عليها من أباها إلا إذا تماثل المقسوم وتجانس وانتفع كل شريك انتفاعا متجانسا لانتفاع الشريك الآخر بحيث لا يكون لبعضهم على بعض زيادة على حظه لدخول كل شريك على قيمة مقدرة ذرع معلوم وأن مؤدى القاعدة المذكورة أن يكون الجزء المفرز الذي يقع في نصيب الشريك مساويا لحقيقة الجزء الذي كان له في المال المشاع وخاليا من أي تحملات أو تفويتات رتبها عليه الغير، وبالرجوع إلى وثائق الملف يتجلى أن الطالب أثار أمام المحكمة أن الخبير المعين من المحكمة لم يتأكد من كون المحلات التي أفرزها للطالب في تقريره قد تم تفويتها من طرف المطلوب ضده ووقع حجزها تنفيذيا تأدية للديون المترتبة بذمته مما كان معه تخصيصها في حصة الطالب مكانيا مجحفا بحقه... ".

قرار عدد 227 صادر بتاريخ 26 ماي 2005 في الملف المدني عدد 3235-7-2002 منشور بمجلة المنازعات العقارية من خلال قضاء محكمة النقض لسنوات 2000 - 2005 في القضايا المدنية والتجارية والجنائية والإدارية - م س - ص 11.

[10] نشير إلى أن العمل الإداري لدى المحافظات العقارية كان يسمح بإمكانية طلب أحد أطراف الحكم أعلاه تقييده جزئيا بالرسم العقاري استنادا لتوجيهات المحافظ العام الواردة بالدورية عدد 271 والمؤرخة في 1976/5/12، والمذكرة رقم 677 المؤرخة في 1980/04/30 وكذا الدورية عدد 306 المؤرخة في 1987/11/2.

غير أنه قد تم التراجع عن هذا التوجه بمقتضى دورية المحافظ العام عدد 356 بتاريخ 21 شتنبر 2006 والمسجلة تحت رقم 4938 الذي جاء فيها ما يلي:

" ... ونظرا لأن القسمة تفضي إلى خروج المتقاسمين من حالة الشياع واستقلال كل شريك بعقار أو جزء منه مفرز دون بقية شركائه، في مقابل تخليه لهم عن حقوقه المشاعة في الأملاك التي انفردوا بها من دونه، وهي بهذا المعنى تتضمن التزامات متقابلة ومترابطة بين المتقاسمين، ويتوقف تنفيذ جانب منها على تنفيذ الجانب الآخر ولذلك فإن التقييد الجزئي للقسمة يخالف إرادة الأطراف أو الغاية من الحكم الصادر بالقسمة، مع العلم أن التقييد الهامشي المشار إليه في الدورية عدد 271 هو مجرد تنبيه لا يستند على أي أساس، ولا يرقى إلى مرتبة التقييد المؤسس للحق العيني او الناقل له".

الحماية التشريعية التي قرر من أجلها الحجز العقاري. كل ما هنالك أن الضرر الذي يمكن أن يلحق الدائن الحاجز يتجسد في تقليل الضمان المتوخى من العقار المحجوز في حالة وقوع قسمة اتفاقية بين الشركاء على الشياع، نتيجة للتواطؤ الذي يمكن أن يقع بين باقي الشركاء والمدين المحجوز عليه في جعل القطعة التي ستؤول إلى هذا الأخير لا تفي بتغطية الدين المضمون بحجز عقاري إضرارا بالدائن الحاجز.

وفي هذا الصدد، اعتبرت محكمة النقض[11] في أحد قراراتها أن الطعن كالدعوى شرطه المصلحة، وان الحجز التحفظي المدون على عقار محفظ غير مانع من قسمته بين أطرافه وفق بياناته، دون حاجة لتوجيه الدعوى بحضور الحاجز طبقا للمادة 320 من مدونة الحقوق العينية باعتباره صاحب حق شخصي وليس عيني.

الفرضية الثانية : أن يكون العقار المثقل بحجز عقاري غير قابل للقسمة العينية بين جميع الشركاء، لتعذر ذلك من الناحية القانونية، أو الواقعية[12]، الشيء

[11] قرار عدد 364 صادر بتاريخ 15 ماي 2018 في الملف المدني عدد 2016/4/1/6250 منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2018 جاء فيه:

" إن الطعن كالدعوى شرطه المصلحة وان الحجز التحفظي المدون على عقار محفظ غير مانع من قسمته بين أطرافه وفق بياناته، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما اعتبرته كذلك في حق الطاعنة وقضت بعدم قبول استئنافها الفرعي لانتفاء مصلحتها في الطعن بعلة أن الحكم المستأنف قد صدر بحضورها و لم يقض لفائدتها أو ضدها بشيء رغم أن توجيه الدعوى بحضورها غير لازم قانونا طبقا للمادة 320 من مدونة الحقوق العينية باعتبارها صاحبة حق شخصي وليس عيني، تكون قد استقامت على حكم القانون و لم تخرق أي مقتضى منه وعللت قرارها تعليلا كافيا ".

[12] جاء في قرار لمحكمة النقض عدد 4/50 المؤرخ في 2016/01/26 ملف مدني عدد 2014/4/1/4380 غير منشور ما يلي:

" لكن، حيث إن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما ثبت لها من خلال الخبرة المنجزة أن المدعى فيه عبارة عن فيلا، وأنه لذلك غير قابل للقسمة العينية على الوصف الذي جاء به، وصارت إلى قسمة التصفية ببيعه بالمزاد انطلاقا من الثمن الافتتاحي الذي اقترحه الخبير، حيث لا يشترط في تقويم العقارات أن يتم بواسطة خبير مساح، تكون قد التزمت التطبيق السليم للقانون ".

الذي يضطر معه الخبير المعين إلى اقتراح الثمن الافتتاحي لبيعه برمته بالمزاد العلني[13]، إذ ذاك سيتم توزيع منتوج البيع على باقي المالكين على الشياع كل حسب الأسهم التي يملكها في العقار المبيع، ما عدا المدين المحجوز عليه الذي يبقى نصيبه من ثمن البيع مودعا بين يدي رئيس مصلحة كتابة الضبط لفائدة الدائن الحاجز، وذلك ضمانا للمبلغ الجاري بشأنه الحجز العقاري[14].

وفي نفس السياق، فإن محكمة النقض[15] اعتبرت أن الرهن لا يمنع من قسمة المال المشاع، إذ هو لا يشكل منازعة في أصل الملكية، وإنما هو حق عيني لضمان استيفاء الدين من طرف الدائن المرتهن الذي يخول بمقتضى القانون حق تتبع العقار المرهون في أي يد حائز له. كما يبقى من حق الشريك المطالبة

[13] جاء في قرار لمحكمة النقض عدد 434 صادر بتاريخ 15 شتنبر 2015 في الملف المدني عدد 2014/4/1/3677 منشور بمجلة محكمة النقض – العدد 80 – سنة 2015 ما يلي:

" إن الثمن النهائي في البيوعات بالمزايدة تحدده هذه الأخيرة، والمحكمة لما اعتبرته كذلك وردت طلب الطاعنين إجراء خبرة جديدة وقضت بتأييد الحكم القاضي بقسمة التصفية مع اعتماد ثمن انطلاق البيع المحدد من طرف الخبير تكون قد بنت قرارها على أساس قانوني وعللته تعليلا سليما ".

[14] وقد عرضت نازلة مماثلة على المحكمة الابتدائية بمراكش تتعلق بطلب الحكم بقسمة عقار مملوك على الشياع مثقل بحجز عقاري تحفظي بشأن حصة أحد الشركاء، فقضت ببيع المدعى فيه موضوع الرسم العقاري عدد ... انطلاقا من الثمن الافتتاحي المحدد من طرف الخبير وقدره ... درهم وتوزيع منتوج البيع بين الشركاء كل حسب منابه وجعل الصائر على النسبة.

– حكم صادر بتاريخ 11 أكتوبر 2007 في الملف العقاري عدد 2007/9/57 غير منشور.

[15] القرار عدد 525الصادر بتاريخ 27 شتنبر 2011في الملف الشرعي عدد 2010/1/2/373 منشور بمجلة ملفات عقارية لمحكمة النقض العدد 7 جاء في حيثياته ما يلي:

"حيث صح ما عابه الطالبون على القرار، ذلك أنه من المقرر أن الرهن كحق عيني لا يعتبر منازعة في أصل الملكية ومن خصائصه أنه يخول للدائن المرتهن حق تتبع العقار المرهون في أي يد حائز له، وفي حالة إجراء قسمة التصفية في المرهون المشاع يخصم الدين المرهون من حصة المدين ويوزع الباقي على من يستحقه من المتقاسمين، والمحكمة التي قضت بعدم قبول طلب قسمة الرسم العقاري موضوع الدعوى بعلة أنه مثقل برهون في حين أن الرهن لا يمنع من القسمة حسبما ذكر، تكون قد جردت قضاءها من الأساس و لم تعلله تعليلا سليما مما يعرض قرارها المطعون فيه للنقض ".

بإجراء قسمة التصفية في العقار المشاع المرهون وعند إجراء البيع يخصم الدين المرهون من حصة المدين ويوزع الباقي على من يستحقه من المتقاسمين.

وهكذا نخلص إلى القول إن الحجز العقاري لا يحول دون وقوع قسمة رضائية أو قضائية، ولا مجال بالتالي للتمسك بالدفع بالبطلان المنصوص عليه ضمن مقتضيات الفقرة الأخيرة من الفصل 453 من ق.م.م من طرف الدائن الحاجز على حصة مشاعة في رسم عقاري، وذلك بعد وقوع البيع بالمزاد العلني تنفيذا للحكم القاضي بقسمة التصفية على أساس الثمن الافتتاحي المقترح من طرف الخبير، بدليل أن البيع المتحدث عنه تشريعيا في هذا النص هو التفويت الرضائي الذي يبرمه المدين المحجوز عليه بعوض أو بدون عوض، رغم وجود حجز عقاري إضرارا بالدائن الحاجز، في حين أن البيع بالمزاد العلني الذي أجري بشأن العقار المحجوز قد تم جبرا على جميع المالكين على الشياع بمن فيهم المدين المحجوز عليه وتحت إشراف القضاء، أي أن نية الإضرار بالدائن الحاجز منتفية أصلا لانعدام عنصر إرادة المدين المحجوز عليه في حصول البيع الجبري الذي وقع تنفيذا لحكم قضائي.

ومؤيدنا في ذلك، أن تقييد محضر إرساء المزاد العلني بعد صيرورته نهائيا من قبل المحافظ، يطهر العقار من جميع الامتيازات والرهون ولا يبقى للدائنين إلا الحق على الثمن عملا بمقتضيات المادة 220 من مدونة الحقوق العينية، أي أن مصلحة الدائن الحاجز في التمسك بالدفع ببطلان البيع الجبري منعدمة، طالما أن حقه الشخصي المضمون بتقييد مؤقت- حجز عقاري - ينتقل إلى الثمن المودع بين يدي رئيس مصلحة كتابة الضبط، وتكون بالتالي الحماية التشريعية في استيفاء حقه قد تحققت من جراء الحجز العقاري الجاري بشأن العقار المحجوز دون مباشرته شخصيا لإجراءات البيع بالمزاد العلني أو تحمله للمصاريف القضائية.

غير أن القسمة الرضائية لا تكون نافذة بين الأطراف إلا إذا صادق عليها جميع أصحاب الحقوق العينية المترتبة على العقار عملا بمقتضيات المادة 321 من

مدونة الحقوق العينية. بل ويحق للدائنين التدخل في القسمة العينية أو قسمة التصفية للحيلولة دون وقوع ضرر لهم، بل لهم أن يعارضوا في إجرائها بدون حضورهم. فإذا وقعت مثل هذه المعارضة وأجرى الشركاء القسمة بالرغم من ذلك، كان للدائنين المعارضين الحق في طلب إبطال القسمة الجارية في غيابهم[16] تطبيقا لمقتضيات الفصل 1085 من ق.ل.ع[17]، وإجراء تقييد احتياطي لمقال الدعوى المذكورة على جميع الرسوم العقارية الفرعية التي استقل بها كل متقاسم

[16] جاء في قرار لمحكمة النقض ما يلي:

" ...حيث صح ما عابه الطاعن على القرار ذلك أنه اعتمد في قضائه على أن القسمة لا تستلزم الإدلاء برفع اليد عن الحجوز والرهون إذ أن حقوق الدائنين تبقى مسجلة بالرسم العقاري وتنتقل إلى الأنصبة التي آلت إلى المدينين وأن الحكم المستأنف لم يأمر بالتشطيب على الإنذارات والحجوز المتخذة ضد حقوق المدينين وإنما أمر بنقلها إلى الحقوق التي آلت إليهم ". في حين أن الطاعن ليس طرفا في دعوى القسمة و لم يكن ممثلا في عقد الصلح المبرم بين الشركاء بشأن القسمة الرضائية التي صادق عليها الحكم الصادر في تلك الدعوى تحت عدد 5760 بتاريخ 1998/6/32 مع أنه صاحب حجز تحفظي على حقوق بعض الشركاء في عقار النزاع موضوع الرسم العقاري عدد 3592 س. وأن أموال المدين ضمان عام لدائنيه طبقا للفصل 1241 من قانون الالتزامات والعقود وأنه بمقتضى الفصل 453 من قانون المسطرة المدنية يمنع على المدين التصرف في العقارات المحجوزة تحفظيا تصرفا يضر بدائنيه وأن القرار المطعون فيه عندما اعتمد القسمة المذكورة وقضى بنقل الحجز التحفظي إلى الأنصبة التي آلت إلى المدينين دون أن يبين ما إذا كانت القسمة قد ألحقت ضررا بالطاعن أم لا فهو لم يجعل لما قضى به أساسا وكان معللا تعليلا ناقصا يوازي انعدامه مما عرضه للنقض والابطال...".

- قرار عدد 3519 بتاريخ 2005/12/28 ملف مدني عدد 2003/1/1/582 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 67 –سنة 2007– ص 38.

[17] جدير بالذكر أن محكمة النقض ميزت بين دعوى القسمة التي لا تتقادم، وبين دعوى إبطال القسمة التي تتقادم طبقا للقواعد العامة حسبما ورد في حيثيات أحد قراراتها كما يلي:

" إن المحكمة لما استبعدت الدفع بالتقادم بعلة أن دعوى القسمة لا تتقادم استنادا إلى الفصل 781 من ق.ل.ع في حين أن موضوع الدعوى ليس طلب القسمة، وإنما هو طلب إبطال محضر مقاسمة وهي خاضعة للتقادم طبقا للقواعد العامة، فإنها تكون قد عللت قرارها تعليلا فاسدا ".

- القرار عدد 42 الصادر بتاريخ 03 فبراير 2015 في الملف الشرعي عدد 2014/1/2/301 – منشور بمجلة النشرة المتخصصة –العدد 22– سنة 2015.

لضمان استيفاء حقهم من ثمن بيع الحصة المشاعة في العقار الأصلي في حالة صدور حكم نهائي يقضي بإبطال القسمة[18]. إضافة إلى أن المشرع أجاز بالمقابل للمتقاسمين أو لأي واحد منهم إيقاف دعوى إبطال القسمة بدفع الدين إلى المدعي أو بإيداع المبلغ الذي يطالب به عملا بمقتضيات الفصل 1086 من ق.ل.ع.

الفقرة الثانية: الوجود القانوني لحق الشفيع

تتجسد إشكالية الوجود القانوني للحق محل التقييدات المؤقتة من خلال مسألة امتناع المشتري لحصة مشاعة من تقييد شرائه قصد الإضرار بالشفيع وحرمانه من ممارسة حقه في الشفعة، ومن ثمة فهل لهذا الأخير مقاضاة المشتري لإجباره على تقييد شرائه؟ وإلى أي حد يمكن اعتبار هذا الموقف الصادر عن المشتري تعسفا في استعمال الحق؟

جوابا عن ذلك، وبصرف النظر عن الخلاف الفقهي والقضائي السائد حول هذه الإشكالية، فإن محكمة الاستئناف بالرباط سبق لها أن اعتبرت في قرار لها أنه "لا يمكن للمشتري على الشياع أن يمس بالمبدأ المطلق لتقييد الحقوق باعتراضه على تقييد عقد شرائه الذي يطلبه منه الشفيع بعلة أن عقد الشراء لا يعتبر هذا الأخير طرفا حتى يلزمه بالتقييد، وأضافت أن المشتري باستعماله حقه في عدم تقييد شراءه إضرارا بالشفيع بدون أية مصلحة مشروعة، يكون قد ارتكب تعسفا يتحمل مسؤوليته بناء على الفصل 94 من ق.ل.ع، وخلصت إلى

---

[18] جاء في قرار لمحكمة النقض القرار عدد 4/13 المؤرخ في 2016/01/12 ملف مدني عدد 2014/4/1/3932 غير منشور ما يلي:

" لكن، حيث إن شرط صحة القسمة الاتفاقية أن تكون برضا جميع الأطراف، والبين من عقد القسمة العرفي والمطلوب إبطاله أنه أنجز من طرف ورثة (...) دون بيان لباقي الأطراف المشتاعة ولا توكيل من ابرم العقد باسمهم، والحال أن صفتهم كمشتاعين ثابتة بنفس العقد، والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه لما أيدت الحكم الابتدائي القاضي بإبطال عقد القسمة الرضائي لعدم انجازه من جميع المشتاعين، تكون قد استقامت على حكم القانون، فكان ما بالوسيلة على غير أساس ".

القول بانه على المحاكم أن تضع حدا لهذا التعسف والأمر بالتقييد تحت طائلة غرامة تهديدية"[19].

ويلاحظ من خلال مضمون هذا القرار أن الوجود القانوني لحق الشفعة قد كرسه المشرع المغربي صراحة من خلال المادة 292 من مدونة الحقوق العينية، حيث اعتبره بأنه الحق الثابت للمالكين على الشياع في استرداد الحصة المبيعة، وأن ممارسة هذا الحق عن طريق إعلان الرغبة وعرض الثمن وإيداعه بصندوق المحكمة، يجعل دعوى الشفعة في مواجهة المشفوع منه المقيد بالرسم العقاري[20] دعوى عينية عقارية عملا بمقتضيات المادة 12 من مدونة الحقوق العينية، ويحق بالتالي للشفيع تقييد مقال دعوى الشفعة تقييدا احتياطيا بالرسم العقاري يبقى مفعوله ساريا إلى حين صدور حكم نهائي باستحقاق الشفعة أو عدم استحقاقها. ومن ثم فإن الشفعة هي مجرد رخصة للتوصل إلى كسب حق الملكية

---

[19] قرار محكمة الاستئناف بالرباط بتاريخ 20 يونيو 1946 عدد 2850 منشور بمجلة قرارات محكمة الاستئناف بالرباط —1930- 1932 * 1944- 1945- تعريب محمد العربي المجبود سنة 1986— ص573. ومما جاء فيه:

"... وحيث لا يجوز للمسمى (..) أن يحول دون هذا المبدأ الأساسي باعتراضه على التقييد الذي يطلبه المسمى (..)... وأنه يجب الحكم أن المسمى (..) باستعماله حقه إضرارا بالمسمى (..) بدون أية مصلحة مشروعة، بل بالعكس من ذلك، مع ما يواكب هذا التصرف من أخطار بيع ثان من طرف البائع له وذلك بقصد الإضرار الصريح، ارتكب "تعسفا" يتحمل مسؤوليته بناء على الفصل 94 من ظ.أ.ع، وأن على المحاكم أن تضع حدا لهذا التعسف والأمر بالتقييد تحت طائلة الغرامة التهديدية ".

[20] جاء في قرار عدد 471 صادر بتاريخ 29 شتنبر 2015 في الملف المدني عدد 2015/4/1/673 منشور بمجلة محكمة النقض — العدد 08— سنة 2015 ما يلي:

"من المقرر قانونا أنه لا تؤخذ الحصة المشفوعة إلا من يد المشتري المقيد بالرسم العقاري، ولما كان الطاعن قد أقام دعوى الشفعة ضد من كان مقيدا بالرسم العقاري وقت تقديمها بغض النظر عما لحق به من تفويتات، فإن المحكمة عندما ردت طلبه بالنظر إلى تفويت المشفوع منه للشقص المشفوع بعد إقامة دعوى الشفعة عليه، تكون قد خرقت القانون وعللت قرارها تعليلا فاسدا ".

بشروط في أحوال مخصوصة، وهذه الإباحة لا تنتج حقا إلا إذا استعملت[21]، وحينئذ يمكن القول فلا يتولد حق عيني للشفيع بمجرد البيع، وإنما يتولد هذا الحق عن طلب الشفيع بالأخذ بالشفعة والقضاء له به.

غير أن الوجود القانوني للحق محل التقييد المؤقت بالرسم العقاري يمكن أن يتعلق استثناء بحق سابق على تأسيس الرسم العقاري، حينما يتعلق الأمر بقيام طالب التحفيظ بتفويت العقار أثناء مسطرة التحفيظ، ولم يبادر المشتري إلى إيداع شرائه بسجل التعرضات وفق الفصل 84 من ظهير التحفيظ العقاري، من أجل الحفاظ على رتبته أثناء تأسيس الرسم العقاري. إذ إن قرار التحفيظ في هذه الحالة يصدر بخصوص العقار بأكمله وباسم طالب التحفيظ ويؤسس له رسم عقاري يدعى بالرسم العقاري الأصلي[22]، ويليه مباشرة تأسيس رسم عقاري جزئي يستخرج من ذلك الأصلي أو رسوم عقارية جزئية إن كانت التفويتات تتعلق بعدة قطع همّ تجزئة عقارية، أو شقق وطوابق بالعمارة المحدثة على هذا العقار في إطار نظام الملكية المشتركة، أو قسمة اتفاقية أبرمت بين الشركاء طالبي التحفيظ لإنهاء حالة الشياع القائمة بينهم.

---

[21] جاء في قرار لمحكمة النقض عدد 145 الصادر بتاريخ 24 فبراير 2015 في الملف المدني عدد 2014/3/1/5049 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض – عدد 79– سنة 2015 ما يلي:

"يتعين على الشفيع أن يثبت شركته على الشياع في المال الذي يطلب شفعته وقت بيع شريكه لحصته فيه وبقائه شريكاً إلى حين تقديمه طلب الشفعة، ويمكن إثبات ذلك ولو بشهادة عدلين أو ما يقوم مقامهما أو بوثيقة ميراث تثبت الشياع في المال العقاري بالإرث عن موروثه مع البائع للمشفوع منه".

[22] جاء في قرار عدد 388 صادر بتاريخ 19 ماي 2015 في الملف المدني عدد 2014/3/1/2169 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض – العدد 80 ما يلي:

"لما كانت الأبنية المشيدة على العقار قد تم تحفيظها في اسم من قام بها، فإن ملكيتها له كحق سطحية تكون مستقلة عن العقار ذاته كأرض عارية. والمحكمة لما اعتبرت أن التحديد بالبناء في ملك شائع يطبق فيه حكم الفصل 963 من ق.ل.ع، دون أن تناقش تحفيظ الطالب للبناءات المحدثة من طرفه على أرض شائعة والذي يضفي على ملكيته لها صبغة قطعية ونهائية باعتباره حق سطحية، تكون قد عللت قرارها تعليلاً ناقصاً ينزل منزلة انعدامه".

ذلك، أن إمكانية القول بوجود هذا الاستثناء غير التشريعي الذي أقره قضاء محكمة النقض في هذا الإطار يحقق طبعا العدالة المتوخاة من النص القانوني لإضفاء الحماية على التصرفات المبرمة بين الأطراف المتعاقدة، ويجسد وظيفتها الأساسية ودورها في موائمة النصوص القانونية مع واقع التراع المعروض عليها، وتحقيق الانسجام والتكامل بين مختلف المقتضيات التشريعية، انطلاقا من حرصها على التطبيق السليم للقانون وتوحيد الاجتهاد القضائي بين محاكم المملكة.

لكن السؤال الذي يفرض نفسه في هذا الشأن يتعلق بمدى إمكانية طلب تقييد مقال الدعوى الرامية إلى إتمام إجراءات البيع تقييدا احتياطيا بالرسم العقاري؟ وجوابا عن ذلك، نميز بين حالتين:

الحالة الأولى: إذا وقع تفويت العقار الذي تم تحفيظه وانتقلت ملكيته في الرسم العقاري إلى الغير، فإن الدعوى برمتها أصبحت فاقدة للأساس القانوني لأنها وجهت ضد شخص غير ذي صفة في التراع وأجنبي عن العقد الرابط بين المشتري والبائع طالب التحفيظ، ولا يبقى للمشتري سوى الحق في رفع دعوى شخصية بالتعويض شريطة إثبات التدليس المنصوص عليه في الفصل 64 من ظهير التحفيظ العقاري.

الحالة الثانية: إذا ظل العقار المحفظ في اسم طالب التحفيظ الذي باع العقار للمشتري الذي لم يودع شراءه أثناء مسطرة التحفيظ، فإنه ليس هناك أي مانع قانوني يحول دون تقييد مقال الدعوى احتياطيا بالرسم العقاري، طالما أنه قد فوت العقار للمشتري الذي يعتبر خلفا خاصا له أثناء سريان مسطرة التحفيظ أو بعد تأسيس الرسم العقاري، بدليل أن إجراء الإيداع المنصوص عليه في الفصل 84 قد شرع لمصلحة المشتري في حفظ رتبته ضمن باقي التقييدات الأخرى التي يمكن أن ترد على مطلب التحفيظ، ولا يمكن لطالب التحفيظ أن يستفيد من "النهائية" التي يتمتع بها قرار التحفيظ في مواجهة خلفه الخاص.

الحالة الثالثة: إذا أقر الخلف العام بعد التحفيظ لفائدة الغير بحق أنشأه الموروث لهذا الغير يعتبر إنشاء لعقد جديد يرتب آثاره لفائدة المُقَرِ له.

وفي هذا السياق، كرست محكمة النقض[23] هذا التوجه في أحد قراراتها معتبرة أن المحكمة لما نظرت إلى العقد المبرم بين موروث الطاعنتين والمطلوب الأول والمتعلق ببيع قطعة أرضية موصوفة به، واعتبرت أن إقرار الطاعنتين بالعقد المذكور طلبا لترتيب آثاره بعد تحفيظ العقار في اسم الموروث، يعتبر إنشاء لعقد جديد ورتبت آثاره لفائدة المُقِر له وقضت بما جرى به منطوق قرارها، تكون قد التزمت القاعدة المذكورة أعلاه وبنت قضاءها على أساس سليم وعللته تعليلا كافيا.

غير أننا نجد أن للمحافظ العام[24] رأيا آخر ورد بمناسبة طلب إبداء وجهة نظره في شأن الطلبات المقدمة إلى المحافظين، والرامية إلى تقييد عقود طالها التطهير بفعل مسطرة التحفيظ بناء على مقتضيات الفصلين 1 و62 من ظهير التحفيظ العقاري، بعد تصحيحها برضى الأطراف، أو بواسطة أحكام قضائية نهائية. ذلك، أنه ميز بين الأحكام القضائية، واتفاق الأطراف على الشكل التالي:

1. **الأحكام القضائية:** فهي لا يمكن تقييدها من طرف المحافظ استنادا إلى أن مقتضيات الفصل 306 من قانون الالتزامات والعقود والتي تقضي أن الالتزام يعد باطلا بقوة القانون إذا قرر القانون في حالة خاصة بطلانه، وما دامت المادة 1 من ظهير التحفيظ العقاري قد نصت صراحة على بطلان الرسوم غير المصرح بها أثناء سريان مسطرة التحفيظ، فإن الالتزام الباطل لا ينتج أثرا ولا يمكن تصحيحه ولو بواسطة أحكام قضائية.

[23] القرار عدد 764 الصادر بتاريخ 11 دجنبر 2018 في الملف المدني عدد 2018/4/1/2384 منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2018.

[24] رسالة المحافظ العام عدد 428 بتاريخ فبراير 2004.

2. **اتفاق الأطراف**: يمكن لنفس الأطراف أن ينشئوا التزاما جديد لاحقا لتاريخ اتخاذ قرار التحفيظ بشأن نفس العقار الذي أصبح محفظا، وفي هذه الحالة لا يطال الاتفاق الجديد مبدأ التطهير، ويمكن تقييده من طرف المحافظ طالما أنه مطابق للوضعية الجديدة للعقار المعني.

وتجدر الإشارة إلى أن محكمة النقض كرست التوجه القائل بسريان قاعدة التطهير في مواجهة الجميع بمن فيهم خلف البائع حسبما هو واضح من خلال حيثيات أحد قراراتها كما يلي:

"لا يجوز الاحتجاج بحق عيني سابق لم يسجل على الرسم العقاري خلال مرحلة التحفيظ. والمحكمة قضت بعدم قبول طلب صحة رسم الشراء، بعلة أن قاعدة تطهير العقار بتحفيظه قاعدة مطلقة تسري على الجميع بمن فيهم خلف البائع، يكون قرارها مرتكزا على أساس قانوني ومعللا تعليلا سليما"[25].

[25] القرار عدد 37 الصادر بتاريخ 20 يناير 2015 في الملف المدني عدد 2014/1/1/2812 منشور بمجلة النشرة المتخصصة لمحكمة النقض– عدد 21– سنة 2015.

المحور الثاني:

اكتمال الحق وقت إجراء التقييدات المؤقتة

الفقرة الأولى: شروط اكتمال الحق الشخصي

تقتضي المحافظة على الحق عن طريق التقييدات المؤقتة، أن يكون نشوء الحق المتعلق بالرسم العقاري كاملا وقت إجراء التقييد المؤقت بالرسم العقاري، أما إذا كان محتمل الوجود فلا مجال لإجراء التقييد المؤقت بشأنه حتى لا يشكل أية عرقلة لوضعية الرسم العقاري. ومن ثم فإن إيقاع حجز تحفظي على عقار محفظ يتم لضمان دين محقق أو له ما يرجح جديته وتحققه، وهو الأمر الذي أكدته محكمة النقض في أحد قراراتها كما يلي:

"... إن المحكمة حين رفضت طلب المحجوز عليهم برفع الحجز الواقع على عقارهم معللة ذلك أن شبهة المديونية تحوم بالقضية وأن طالبة الحجز تعتبر نفسها مغبونة وأعطت أكثر مما أخذت وأن مهمة القانون الحرص على إقامة تكافؤ بين المتعاقدين، في حين أن الحجز التحفظي يفترض وجود دين له ما يرجح جديته وتحققه، بينما الحجز المطلوب رفعه إنما اتخذ لضمان ما قد تحكم به محكمة الموضوع من تعويض مترتب عن حقوق مازالت موضع منازعة أمام المحكمة، مما يفيد أن الدين المراد المحافظة على الوفاء به بالحجز مازال مجرد ادعاء ولم يقم عليه ما يثبت صحته وحقيقته وبالتالي تكون المحكمة قد خرقت مقتضيات الفصل 452 من ق.م.م وعرضت قضاءها للنقض"[26].

---

[26] قرار محكمة النقض عدد 337 صادر بتاريخ 21 يناير 1990 في الملف المدني عدد 89/359— منشور بمجلة قضاء محكمة النقض في المادة المدنية — الجزء الثاني —1983- 1991— ص 619.

غير أن تحقق الدين أو توافر ما يرجح جديته، يطرح إشكالا قضائيا من حيث المعيار المعتمد لاعتبار الدين مطابقا للمواصفات المذكورة. أو بعبارة أوضح، فهل مجرد تقديم مقال للدعوى الرامية إلى الأداء كاف لطلب إيقاع حجز تحفظي على عقار محفظ، أم يشترط إرفاق طلب الحجز المذكور بالوثائق المثبتة للمديونية أو ما يرجح تحققها إلى جانب مقال الأداء؟

تجيبنا في هذا السياق محكمة الاستئناف التجارية بمراكش في أحد قراراتها كما يلي: "... إن ما بنت عليه المستأنفة استئنافها لا يرتكز على أي أساس ذلك أن الحجز لدى الغير يختلف عن الحجز التحفظي الذي يمكن إيقاعه استنادا على مقال الدعوى أو الفواتير أو غيرها من الوثائق التي قد تشكل حجة لإثبات الدين، أما حجز ما للمدين لدى الغير فإن المشرع قد اشترط من أجل الاستجابة إليه أن يكون الدين ثابتا بموجب سند أو اعتراف"[27].

وقد أكدت نفس المحكمة أعلاه في قرار آخر أن المشرع لم يشترط أن يكون الدين محل الحجز التحفظي ثابتا أي محدد المقدار، ولكن يكفي أن يكون عنصر شبهة المديونية متوافرا بدليل أن الحجز التحفظي يصدر على ضوء دين يحدد مبلغه على وجه التقريب طبقا للفصل 452 من ق.م.م[28].

ويظهر من خلال ذلك، أن الحجز التحفظي يمكن طلب إيقاعه استنادا على مجرد تقديم مقال بالأداء المرفوع إلى محكمة الموضوع ضد المدين، ويعتبر هذا الأخير حجة كافية على وجود شبهة المديونية التي يمكن أن تترتب في ذمة المدين، لكون المنازعة بين الدائن والمدين أضحت جدية طالما أنها أصبحت معروضة على القضاء.

غير أن هناك رأيا آخر للعمل القضائي ذهب إلى اشتراط إرفاق طلب

[27] قرار عدد 500 صادر بتاريخ 3 يناير 2001 في الملف رقم 2001/714 غير منشور.

[28] قرار عدد 904 صادر بتاريخ 28 مارس 1998 في الملف التجاري عدد 98/420 غير منشور.

الحجز التحفظي بالوثائق المثبتة للمديونية، إضافة إلى مقال دعوى الأداء، واعتبر أن الاقتصار على إرفاق الطلب بنسخة من مقال الأداء لا يكفي وحده لإيقاع الحجز التحفظي. وهذا ما ورد في أمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بمراكش صرح بمقتضاه بعدم قبول طلب إجراء حجز تحفظي على العقار المحفظ للمدين، بعلة عدم إثبات طالب الحجز العقاري لمديونية المطلوب الحجز على عقاره، معتبرا أن المقال الرامي إلى الأداء لا ينهض وحده لإثبات المديونية حتى يمكن الاستجابة للطلب أعلاه[29].

ويستفاد من هذا الاتجاه القضائي أنه قد اشترط ثبوت المديونية فقط لإيقاع حجز تحفظي على عقار محفظ، ولم يلتفت إلى توافر ما يرجح تحقق الدين كما هو الشأن في النازلة أعلاه، أو بعبارة أخرى فإن عنصر شبهة مديونية المدين متوافر بشكل قاطع من خلال مقال دعوى الأداء سواء كانت مرفقة بالوثائق المعززة لثبوت الدين من عدمه، مادامت محكمة الموضوع هي التي لها الصلاحية في إنذار الطرف المدعي بالإدلاء بما يفيد المديونية، بل إنه يمكن أن يكون المقال مجردا من أية وثيقة عند وضعه بصندوق المحكمة ثم يبادر المدعي إلى الإدلاء بالوثائق بالجلسة التي سيدرج فيها الملف، أو عندما يطلب منه ذلك من طرف المحكمة. هذا إضافة إلى أنه في حالة تمسك المدعى عليه بالإنكار لأي دين في ذمته يمكن للمدعي طلب توجيه اليمين الحاسمة لإنهاء النزاع قضائيا[30].

---

[29] أمر صادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 20 نونبر 2006 في الملف عقود مختلفة رقم 2006/7/8849 غير منشور.

[30] جاء في قرار لمحكمة النقض عدد 1211 صادر بتاريخ 6 مارس2012 في الملف المدني عدد 2011/2/1/1377 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 76 ما يلي:

"اليمين الحاسمة ملك للأطراف، ولا سلطة للمحكمة في استيفائها، بعد توجيهها ممن طلبها من الأطراف، مادام من وجهها لا يتوفر على الدليل المطلوب قانونا لإثبات حقوقه. والمحكمة لما قضت بأنه لا مجال للاستجابة لطلب اليمين الحاسمة، لأنها تنطوي على التعسف في استعمال الحق، تكون قد خرقت القانون لأن القواعد المنظمة لليمين الحاسمة، واستيفائها لا ترتبط بشرط التعسف ".

ونعتقد أن ما ذهب إليه بعض العمل القضائي ليس له ما يسوغه من الناحية القانونية، لكونه تطاول على اختصاص قضاء الموضوع حينما اشترط ثبوت الدين لإيقاع الحجز التحفظي على العقار المحفظ[31]، لا سيما إذا علمنا أن الإجراء المطلوب هو إجراء تحفظي فقط وليس غاية في حد ذاته[32]، وعلى من تضرر منه سلوك إجراءات رفعه من طرف القضاء الاستعجالي[33] لكونه يشكل عرقلة لتصرف الملك في حق ملكية العقار المحجوز، ومطالبة الحاجز بالتعويض عن الحجز التعسفي في حالة ثبوت سوء نيته وإيقاعه بطريقة كيدية على عقار محفظ.

وفي هذا السياق، قررت محكمة النقض عدم جواز التعسف في إيقاع

---

[31] ومع ذلك، نجد نفس الجهة القضائية تسمح بالاستجابة لطلب إيقاع حجز تحفظي بناء على مجرد شكاية مقدمة إلى النيابة العامة ضد المشتكى به، كما هو الشأن بالنسبة للأمر عدد 2016 الصادر عن رئيس المحكمة الابتدائية بمراكش بتاريخ 28 أبريل 1992 في الملف عقود مختلفة عدد 92/1961 غير منشور.

[32] جاء في أمر استعجالي صادر عن رئيس المحكمة التجارية بالدار البيضاء ما يلي:

"حيث إن الحجز التحفظي المأمور بتاريخ 29 يناير 1999 في الملف عدد (..) قضى بإجراء حجز على جميع منقولات المدعية لدى سبع شركات معتمدا حسب ما أشير إليه على وصولات وصورة قرار ورسالة إنذار. وحيث إن حجز بضاعة المدعية لدى الغير ومنعها منها يشكل خطرا على حقوقها أمام الإدلاء بحجة تثبت الدين وعدم لجوء المدعى عليها إلى القضاء للمطالبة بما تدعيه، مع العلم أن الحجز التحفظي ليس غاية في حد ذاتها".

— أمر عدد 99/4848 بتاريخ 11 مارس 1999 في الملف عدد 1999/1/259 غير منشور.

[33] جاء في قرار عدد: 8/20 مؤرخ في: 2016/01/12 ملف مدني عدد : 2015/8/1/4848 غير منشور ما يلي:

"لكن؛ ردا على الوسائل أعلاه مجتمعة لتداخلها، فإن التعاونية المتضررة من الحجز هي التي رفعت الدعوى، وأن المحكمة قد تأكد لها أنها رفعت منها في شخص ممثلها القانوني، وهو المطلوب قانونا، إذ بمقتضى الفصل 516 من قانون المسطرة المدنية فإن استدعاءات الحضور توجه للأشخاص الاعتبارية في شخص ممثليها القانونيين بصفتهم هذه، وهو ما يعني أن الدعوى ترفع منها وتوجه ضدها بهذه الصفة، وأن ما عدا ذلك مما أثير بشأن الصفة التمثيلية لمن رفع الدعوى باسم التعاونية لا يشكل نزاعا في الجوهر يترع الاختصاص عن قاضي المستعجلات للبت في الطلب لأنه لا يتعلق بموضوع الطلب المعروض على قاضي المستعجلات وهو رفع الحجز التحفظي ".

الحجز التحفظي على أكثر من عقار مملوك للمدين ضمانا لنفس الدين من خلال أحد قرارها كما يلي:

"لا يجوز إجراء حجز تحفظي إلا في حدود ما يضمن أداء الدين سبب الحجز، والمحكمة لما استبعدت ما تمسك به المحجوز عليه بعلة أن الحجز على العقارين معا وفي نفس الوقت لم يكن به أي تعسف بحقوقه وبالتالي لم يترتب عنه أي ضرر، فإنها لم تأخذ بعين الاعتبار ما أثبته القرار الاستئنافي الذي أيد الأمر القاضي برفع الحجز عن العقار المحجوز لعدم وجود التناسب بين قيمة العقارين والدين سبب الحجز، فجاء قرارها غير مرتكز على أساس"[34].

الفقرة الثانية: شروط اكتمال الحق العيني

جدير بالذكر أن التقييد الاحتياطي – كتقييد مؤقت –يتوقف إجراؤه على ضمان حق موجود ومكتمل النشوء، لأن الغاية التي شرع من أجلها تتمثل في المحافظة مؤقتا على حق في انتظار استكمال شروطه القانونية، الشيء الذي يدفعنا إلى إثارة تساؤل يتعلق بمدى إمكانية تقييد مقال افتتاحي للدعوى تقييدا احتياطيا بالرسم العقاري بالرغم من عدم وجود أي عقد للبيع بين الطرفين أصلا؟

نعتقد أن المشرع لم يورد ضمن مقتضيات القانون العقاري أي مقتضى يمنع من القيام بهذا الإجراء طالما أن المحكمة هي التي سوف تفصل في النزاع على ضوء وثائق الملف من جهة، وأن التقييد المؤقت يدور وجودا وعدما مع مآل المقال الافتتاحي للدعوى من جهة أخرى.

وقد اعتبرت محكمة النقض في هذا السياق بمقتضى قرارها الصادر بتاريخ 5 يناير 2016 أن العبرة في نشوء عقد الهبة تكون بتاريخ الإشهاد العدلي وليس

---

[34] القرار عدد 8 الصادر بتاريخ 08 يناير 2015 في الملف التجاري عدد 2012/1/3/1268- منشور بمجلة قضاء محكمة النقض - العدد 79- سنة 2015.

بتاريخ التحرير، ورتبت على ذلك أن البيع المنعقد من الواهب لفائدة البائعين لهما يكون قد أنجز بعد خروج الملك من يده ولا يمكن حمل التصرف بالبيع على وقوع الاعتصار لعدم وجود إشهاد به[35].

غير أنه يمكن للمدعي مباشرة إجراء تقييد احتياطي بناء على مقال للدعوى في غياب تام لوجود أية رابطة عقدية بين الطرفين بشأن البيع المدعى به، ثم يبادر الطرف المدعى عليه أثناء جوابه على مقال الدعوى إلى الإقرار بقيام عملية البيع ويبدي استعداده أمام المحكمة بتحرير عقد البيع مع المشتري. فهل يمكن قانونا أن تعتد المحكمة بالإقرار لإلزام المدعى عليه بإتمام إجراءات البيع؟ أم يجب عليها التقيد بشكلية البيع العقاري الواردة ضمن مقتضيات الفصل 489 من ق.ل.ع؟ وهل يمكن التوفيق بين الإقرار لحماية المتعاقدين فيما بينهم، وشكلية البيع لحماية الأغيار من أي تواطؤ يمكن أن يقع بين الطرفين؟

---

[35] قرار لمحكمة النقض عدد 8/11 المؤرخ في 2016/01/05 ملف مدني عدد 2015/8/1/1455 غير منشور. ومما جاء في معرض حيثياته ما يلي:

"لكن ردا على الوسائل مجتمعة لتداخلها، فإنه لا مجال للتمسك بمقتضيات الفصل 425 من قانون الالتزامات والعقود الذي يتعلق بالعقود العرفية وليس بالعقود الرسمية. وأن المحكمة لم تكن ملزمة بالجواب على الدفع بعدم رشد الموهوب له ولا عن حيازته للشيء الموهوب، طالما أنها اعتمدت وبالأساس في قضائها على سبقية البت في صحة عقد الهبة وترجيحه على عقد شراء الطاعنين، وذلك لما تبين لها أن عقد الهبة الذي اعتمده المطلوب في مطلب التحفيظ سبق أن طعن فيه الطاعنان وقضي برد دعواهما بموجب القرار الاستئنافي عدد 246 بتاريخ 2006/01/24 في الملف 1/04/2422 بعلة أن تأخر تحرير العقد لتلكؤ الواهب في أداء رسوم التسجيل لا ينال من صحة عقد الهبة، إذ العبرة بتاريخ الإشهاد وليس بتاريخ التحرير، وتبعا لذلك يبقى البيع المنعقد من الواهب لفائدة البائعين لهما يكون قد أنجز بعد خروج الملك من يده ولا يمكن حمل التصرف بالبيع على وقوع الاعتصار لعدم وجود إشهاد به. وهو القرار الذي ابرم من طرف محكمة النقض بموجب القرار عدد 230 في الملف 2009/1/2/611 بتاريخ 2011/5/3. ولذلك ولما للمحكمة من سلطة في تقدير الأدلة واستخلاص قضائها منها فإنها حين عللت قرارها بأن" عقد الهبة يعتبر عقدا صحيحا بناء على قرار محكمة النقض عدد 230 والذي لم يكن محط طعن او جدل من الواهب، وان إقدام الواهب على بيع نفس الملك الذي سبق أن وهبه لولده المستأنف عليه يكون قد باع ما لا يملك وهذا غير جائز"، وهو تعليل غير منتقد، الأمر الذي يكون معه القرار معللا بما فيه الكفاية، وما بالوسائل غير جدير بالاعتبار ".

وجوابا عن ذلك، نعتقد أن مقتضيات الفصلين 404 و489 من ق.ل.ع والمادة 4 من مدونة الحقوق العينية لا تسعف في القول بإمكانية اعتماد الإقرار من طرف القضاء إثبات البيع العقاري، بدليل أن المشرع تحدث عنه كوسيلة ضمن وسائل الإثبات العامة للالتزامات والبراءة منها[36]، في حين نص على وجوب الكتابة كشكلية انعقاد في البيع العقاري، ولا مجال قانونا لإثباته بغير ذلك، على اعتبار أن القانون إذا قرر شكلا معينا، لم يسغ إجراء إثبات الالتزام أو التصرف بشكل آخر يخالفه، إلا في الأحوال التي يستثنيها القانون طبقا للفصل 401 من ق.ل.ع. ومن ثم فإن إعمال الإقرار من عدمه في البيع العقاري يستلزم التمييز بين حالتين من خلال قراءة لموقف العمل القضائي بشأن هذه الإشكالية.

الحالة الأولى: إذا صدر إقرار البائع بمناسبة قضية جنحية وتمت إدانته من أجلها، فلا يعتد بالحكم الجنحي لإثبات البيع العقاري ضد البائع المقر أمام المحكمة الجنحية، على اعتبار أن الدعوى المدنية التابعة التي يمكن أن ينصب فيها المتضرر كطرف مدني لا تتعلق سوى بالتعويض ليس إلا وفق مقتضيات الفصل 10 من قانون المسطرة الجنائية.

وقد سبق لمحكمة النقض أن أكدت[37] هذا الاتجاه في حيثيات أحد قراراتها معتبرة أن " قاعدة الجنائي يعقل المدني تقضي بأن توقف المحكمة المدنية عن البت في القضية إلى حين صدور حكم نهائي في القضية الزجرية، ولما كان إتمام البيع الواقع على عقار محفظ يجب أن يجري في محرر ثابت التاريخ طبقا للقانون، وكان هذا المحرر غير متوفر، فإنه على فرض صدور حكم بالإدانة في دعوى زجرية تتعلق بعدم تنفيذ عقد، فإنه لا يرقى إلى درجة المحرر الثابت التاريخ

[36] راجع: ذ محمد أوزيان : "رسمية العقود من ظهير الالتزامات والعقود إلى مدونة الحقوق العينية " مقال منشور بالتقرير السنوي لمحكمة النقض لسنة 2013.

[37] القرار عدد 679 الصادر بتاريخ 7 فبراير 2012 في الملف المدني عدد 2010/7/1/4813 منشور بمجلة قضاء محكمة النقض عدد 76.

المتطلب في قيام البيع ".

وفي نفس السياق، قررت محكمة النقض في قرار لها بتاريخ 06 يناير 2015 ما يلي:

"لكن، ردا على الوسائل مجتمعة لتداخلها، فإنه بمقتضى الفصلين 532 و533 من ق.ل.ع فإن البائع يلتزم بضمان الاستحقاق الذي يقتضي منه الكف عن كل فعل أو مطالبة ترمي إلى التشويش على المشتري، وبالتالي لا يحق له مواجهة المشتري منه بكون عقد البيع مجرد عن أصل الملك سيما وأن المتعرض استند في تعرضه على عقد شرائه للعقار من الطاعن والذي لم يلق مطعنا مقبولا، وإن تطبيق قاعدة الجنحي يوقف المدني رهين بوجود دعوى جنحية قائمة لها أثر على الفصل في النزاع المدني، ولذلك فإن القرار حين علل بأن " طالب التحفيظ قد فوت العقار موضوع مطلب التحفيظ إلى المتعرض وانتقلت ملكيته لهذا الأخير بناقل شرعي، وبالتالي أصبح المستأنف عليه المالك الوحيد للمدعى فيه، وأن ما أثاره المستأنف من كون المتعرض دلس عليه في البيع وأن العقد يتعلق بتنازل وليس بيعا كلها دفوع مجردة وليس بالملف ما يثبتها أو يعضدها، وإنما ثبت عكسها، كما أن ادعاء المستأنف وجود مساطير جنحية مجرد أقوال ليس عليها برهان صادق وتعين ردها" فإنه نتيجة لما ذكر كله كان القرار معللا تعليلا كافيا ومرتكزا على أساس قانوني وغير خارق للمقتضيات المحتج بها خارقا للقاعدة المذكورة، والوسائل جميعها بالتالي غير جديرة بالاعتبار"[38].

الحالة الثانية: إذا تعلق إقرار البائع بمناسبة دعوى عقارية معروضة على المحكمة المدنية، فهل يصرف النظر عن شكلية الكتابة المنصوص عليها المادة 4 من مدونة الحقوق العينية بالرغم من عدم وجود أي محرر ثابت التاريخ، ويعتد بالإقرار القضائي الصادر عن البائع، أم يجب التقيد بمدى توافر الشكلية من عدمها في النازلة تبعا للفصول أعلاه؟

[38] قرار محكمة النقض عدد 1/6 المؤرخ في 06-01-2015 ملف مدني عدد 2014/1/1/3558 غير منشور.

وجوابا عن ذلك، نعتقد أنه لابد من التقيد بشكلية المادة 4 من مدونة الحقوق العينية لإثبات البيع العقاري بين المتعاقدين للحفاظ على المراكز القانونية لجميع الأطراف، وتفادي التواطؤ الذي يمكن أن يقع بين طرفي الدعوى لصنع حجة لبعضهما البعض تتمثل في حصول إقرار صوري من طرف البائع أمام المحكمة المدنية التي تنظر في دعوى إتمام إجراءات البيع المعروضة عليها، وحرمان الدائنين من استيفاء حقوقهم على العقار المبيع، مع العلم أن الأمر لا يقتصر على الكتابة فقط لإثبات البيع العقاري، بل يجب أن يكون المحرر ثابت التاريخ[39] وفق ما هو منصوص عليه في الفصل 425 من ق.ل.ع[40]. هذا بالإضافة إلى أن المادة 4 من مدونة الحقوق العينية رتبت جزاء البطلان على عدم احترام شكلية الكتابة في البيع العقاري.

كما قررت محكمة النقض في نازلة تتعلق ببيع عقار في طور الإنجاز ضرورة احترام الشكلية الواردة في الفصل 3-618 من ق.ل.ع تحت طائلة ترتيب جزاء البطلان من خلال أحد قراراتها الذي جاء فيه:

"لما كان التعاقد موضوع الدعوى تم على شكل وصل خلافا للمقتضيات الآمرة المنصوص عليها في الفصل 3-618 من ق.ل.ع، ولم يتم توثيقه من قبل إحدى الجهات المؤهلة قانونا لذلك، فإنه يكون باطلا بقوة القانون، ولا يترتب

---

39 القرار عدد5017 الصادر بجميع الغرف بتاريخ 6 دجنبر2010 في الملف المدني عدد 2006/5/1/2290 منشور بمجلة محكمة النقض – العدد 77 حاء فيه:

"لا يكون بيع العقار منجزا إلا إذا أبرم كتابة وبمحرر ثابت التاريخ، وإن توصل مالك العقار بمبلغ مالي من مدعي الشراء لا يخول هذا الأخير سوى استرجاع ما سبق له دفعه، لا إلزام المالك بإتمام البيع قضاء ".

40 اعتبرت محكمة النقض في قرارها القرار عدد 8/11 المؤرخ في 2016/01/05 ملف مدني عدد 2015/8/1/1455 غير منشور ما يلي:

"لا مجال للتمسك بمقتضيات الفصل 425 من قانون الالتزامات والعقود الذي يتعلق بالعقود العرفية وليس بالعقود الرسمية".

عنه سوى حق المشتري في استرداد ما دفع بغير حق وبدون تعويض عملا بالفصل 306 من ق.ل.ع "[41].

وخلافا لما أشرنا إليه أعلاه، فإن بعض العمل القضائي سبق له أن اعتمد الإقرار القضائي للبائع بشأن دعوى عقارية للحكم عليه بإتمام إجراءات البيع مع المدعي (المشتري)، وفي حالة امتناعه عن التنفيذ اعتبار الحكم بمثابة عقد بيع نهائي، وأمر المحافظ على الأملاك العقارية بتقييده عند صيرورته نهائيا. وقد جاء في حيثيات حكم قضائي[42] ما يلي :

"... وحيث إن المدعى عليه أقر قضائيا سواء في مذكراته أو في جلسة البحث أنه تنازل نهائيا عن البقعة الأرضية لفائدة المدعي و لم تعد له علاقة بها،

---

[41] القرار عدد 69 الصادر بتاريخ 01 أبريل 2015 في الملف التجاري عدد 2014/1/3/933 منشور بمجلة النشرة المتخصصة لمحكمة النقض – قرارات الغرفة التجارية – العدد 23– سنة 2015.

ومما جاء في حيثيات هذا القرار:

"لكن، حيث إنه وخلافا لما ورد في موضوع الوسيلة فإن مقتضيات الفصل 12-618 من ق.ل.ع لا تطبق إلا إذا تم تحرير العقد الابتدائي للعقار في طور الانجاز وفق الشكل والكيفية المقررتين في الفصل 3-618 من ق.ل.ع الناصة على أنه " يجب أن يحرر عقد البيع الابتدائي للعقار في طور الانجاز إما في محرر رسمي أو بموجب عقد ثابت التاريخ يتم تحريره من طرف مهني ينتمي إلى مهنة قانونية منظمة ويخول لها قانونها تحرير العقود وذلك تحت طائلة البطلان..." والمحكمة مصدرة القرار المطعون فيه التي عللته بقولها "أنه ما دام التعاقد موضوع الدعوى تم على شكل وصل خلافا للمقتضيات الآمرة المنصوص عليها في الفصل 3-618 من ق.ل.ع أي أنه لم يحرر من قبل إحدى الجهات المؤهلة قانونا لذلك مما يجعله عقدا باطلا بقوة القانون والأثر القانوني الوحيد المترتب عنه هو حق المشتري في استرداد ما دفع بغير حق وبدون تعويض عملا بالفصل 306 من ق.ل.ع ...." تكون قد طبقت مقتضيات الفصلين 306 و3-618 تطبيقا سليما واعتبرت عن صواب أن الطاعن لا يستحق التعويض عن التماطل ما دام أن العقد موضوع الوصل عدد 016 المؤرخ في 2007/05/10 يعتبر باطلا بقوة القانون، فجاء قرارها معللا تعليلا سليما وغير خارق لأي مقتضى والوسيلتان على غير أساس ".

[42] حكم صادر عن المحكمة الابتدائية بمراكش في الملف العقاري رقم 06/9/401 بتاريخ 15 فبراير 2007- غير منشور.

كما أقر أن هذا الأخير هو الذي بناها من ماله الخاص، وأكد أنه مستعد لإبرام عقد بيع مع المدعي شريطة أن يتحمل هذا الأخير جميع المصاريف التي يتطلبها ذلك وهو ما وافق عليه المدعي صراحة. وحيث إن إقرار المرء على نفسه أقوى من قيام الحجة عليه. وحيث إن ما عبر عنه المدعي عليه في طلبه الموجه إلى المؤسسة الجهوية بتاريخ 23 نونبر 1998 بالتنازل عن الدفعات المالية لفائدة المدعي لا يمكن أن يفسر إلا بتنازله عن البقعة الأرضية التي سددت تلك الدفعات من أجل اقتنائها... وأن البائع ملزم قانونا بتسليم الشيء المبيع للمشتري وذلك طبقا للفصل 498 من ق.ل.ع، وهذا التسليم لا يقتصر على نقل الحيازة المادية للمبيع إلى المشتري[43] بل أيضا الحيازة القانونية وهذه الأخيرة تقتضي في نازلتنا تحرير عقد بيع مستوف لأركانه وشروطه وتقييده بالرسم العقاري مادام المبيع عبارة عن عقار محفظ...".

ويلاحظ من خلال حيثيات هذا الحكم القضائي أنه اعتمد الإقرار كوسيلة للإثبات ولو تعلق الأمر ببيع عقاري، مخالفا بذلك الاستثناء التشريعي الذي كرسه المشرع في هذا الإطار، والمتمثل في وجوب إجراء البيع كتابة في

[43] جاء في قرار لمحكمة النقض يتعلق بالتسليم في عقار في طور محفظ تحت عدد 1/7 المؤرخ في 2016/01/05 ملف مدني عدد 2015/1/1/212 غير منشور ما يلي:

"حيث صح ما عابه الطاعن على القرار المطعون فيه ذلك انه علل قضاءه بأن ((ما عابه المستأنف الحسين ابو درار على الحكم المستأنف حين قضى بعدم صحة تعرضه والحال انه اثبت تملك موروثه احمد بن المحفوظ وإشراكه بمقتضى عقد الشراء المؤرخ في عام 1333 هجرية ورسم اراثته، فان ذلك لا يعفيه من إثبات استحقاقه بالأدلة المعتبرة شرعا والمستوفية لشروط الملك من يد ونسبة وطول أمد وغيرها، وان محاولة إسقاط رسم الشراء المذكور على جزء من الملك موضوع مطلب المطلوب استنادا إلى شهادة شاهد واحد أو شاهدين بخصوص الحيازة ووضع اليد لا يثبت له الملك وفق ما سلف)). في حين أن عقود الاشرية المقرونة بالحيازة إنما تعد قرينة على الملك، الأمر الذي كان معه على المحكمة أن تبحث في طبيعة وشروط الحيازة المتمسك بها من طرف الطاعن مع مقارنة حججه مع حجج طالب التحفيظ إن اقتضى الحال ولما لم تفعل ذلك كان قرارها ناقص التعليل. الأمر الذي يعرضه للنقض والإبطال ".

محرر ثابت التاريخ. بل إنه خالف اتجاه محكمة النقض بغرفها مجتمعة[44] التي دأبت على التمسك بضرورة احترام شكلية الكتابة في البيع العقاري حسبما أشير إليه أعلاه. إذ إن هذا الأخير لم يعتد بالإقرار المضمن بحكم جنحي رغم كونه حجة رسمية وفقا لمقتضيات الفصل 418 من ق.ل.ع، فمن باب أولى وأحرى أن يقبل به بمناسبة دعوى قضائية بين الطرفين البائع والمشتري كما هو الشأن في النازلة المذكورة.

وهكذا، يمكن القول تبعا لهذا الاتجاه القضائي، أن الحق - ولو لم يكن موجودا أو مكتمل النشأة - يكون قابلا لإجراء تقييد مؤقت بشأنه عن طريق تقييد مقال الدعوى العقارية تقييدا احتياطيا بالرغم من عدم إرفاقه بأية حجة أو وثيقة تثبت قيام الرابطة التعاقدية بشأن بيع عقاري وتضمنها لكافة أركان عقد البيع المنصوص عليها قانوني، وذلك في انتظار حصول إقرار البائع (المدعى عليه) من خلال مذكرته الجوابية، الشيء الذي يجعل المحافظ ملزما بالاستجابة لطلب إجراء التقييد المؤقت لمقال الدعوى، ويكون بالتالي ملزما بتقييد الحكم الصادر بإتمام إجراءات البيع بناء على الإقرار بعد صيرورته حائزا لقوة الشيء المقضي

---

[44] قرار عدد1921 الصادر بجميع الغرف بتاريخ 23 دجنبر2010 في الملف التجاري عدد2005/1/3/1073 منشور بمجلة محكمة النقض – العدد 77 جاء فيه ما يلي:

"البيع أو الوعد بالبيع المنصب على عقار محفظ يلزم إثباته بحجة كتابية، إذ أنه طبقا للفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود إذا كان محل البيع عقارا أو حقوقا عقارية، فإن البيع لا يكون تاما إلا بإجرائه كتابة في محرر ثابت التاريخ، ولا يكون للبيع أي أثر في مواجهة الغير إلا إذا سجل في الشكل المحدد بمقتضى القانون.

الوصل الصادر عن الموثق التي يشهد فيه بتوصله بمبلغ مالي من طرف مدعي الشراء، والذي لا يتضمن أي التزام من البائع، لا يمكن اعتباره محررا ثابت التاريخ تتوفر فيه شروط الفصل 489 من قانون الالتزامات والعقود ليعتبر حجة على انعقاد البيع أو الوعد بالبيع.

قبول المالك بيع العقار بثمن معين، وذلك تحت شرط موافاته بباقي الثمن داخل أجل محدد، وإلا اعتبر القبول كأن لم يكن، يعتبر إيجابا جديدا لا يلزمه إلا إذا تلقى ممن وجه له موافقته على ما تضمنه إيجابه الجديد أو نفذ من طرفه في حدود ما تضمنه ذلك الإيجاب، وإلا اعتبر الإيجاب غير مقترن بالقبول، وبالتالي لا يكون البيع منعقدا ولا محل لإتمامه".

به[45] مادام لا يملك الحق في رفض التقييد إلا إذا كان يتعارض مـــع الوضـــعية القانونية للرسم العقاري.

وجدير بالإشارة أن محكمة النقض أكدت في هذا الصدد جواز الأخـــذ بإقرار البائع كلما تعلق الأمر بوجود عقد وعد بالبيع لا يتضمن الإشـــارة إلى الثمن معتبرة من خلال أحد قراراتها المؤرخ في 12 ماي 2015 عدم ذكر الثمن في عقد الوعد بالبيع الذي وقع به تفويت البائع لواجبه المشاع في المـــدعى فيـــه، يستلزم الأخذ بإقراره القضائي برمته ولا يمكن تجزئته[46].

---

[45] جاء في قرار عدد 84 الصادر بتاريخ 12 فبراير 2015 في الملف التجاري عدد 2013/1/3/17 منشـــور بمجلة محكمة النقض – العدد 80– سنة 2015 ما يلي:

"إن حجية الأمر المقضي لا تثبت لمنطوق الحكم فقط وإنما لحيثياته أيضـــا. ومـــادام أن الشـــيء المطلوب بمقتضى هذه الدعوى هو نفس الشيء المطلوب سابقا، وأن الدعوى مؤسسة على نفـــس السبب ومرفوعة بين نفس الأطراف وموجهة منهم وعليهم بنفس الصفة، فإن ســـبقية البـــت في الموضوع تكون قائمة وثابتة بمقتضى أحكام وقرارات أصبحت مكتسبة لقوة الشيء المقضي ".

[46] القرار عدد 234 الصادر بتاريخ 12 ماي 2015 في الملف المدني عدد 2014/7/1/1543 منشور بمجلـــة محكمة النقض – العدد 80– سنة 2015.

ونظرا لأهمية هذا القرار نورد حيثياته كما يلي:

"حيث تبين صحة ما نعاه الطالب على القرار، ذلك أن المحكمة مصدرته عللته بما جاءت به مـــن أن: "المستأنف عليه أدلى بالحكم عدد 424 الصـــادر في الملـــف عـــدد 10/1401/747 بتـــاريخ 2011/5/25، وهو يتضمن إقرار المستأنف بيعه واجبه في القطعة الأرضية المدعى فيها حاليا بـــثمن قدره 200000 درهم، وأنه قبض من المستأنف عليه مبلغ 10000 درهم...، ونظرا لكـــون الـــثمن الذي فوت به المستأنف لواجبه في المدعى فيه لم يحدد صراحة في عقد الوعد بالبيع فإنه لا مفر من الأخذ بهذا الإقرار برمته ولا يمكن تجزئته، ونتيجة لذلك اعتبار الثمن الذي وقع به البيع هـــو مـــا يصرح به المستأنف في دعواه التي تمخض عنها الحكم المستدل به من المستأنف عليه وهو 200000 درهم للقطعة برمتها وجب فيه للمستأنف مبلغ 100000 درهم وقد قبض 10000 درهم وبقي في ذمة المستأنف عليه 90000 درهم". والحال أنه بالرجوع إلى الحكم المستند عليه المذكور، يتبين أنه تضمن أن الطالب تسلم بمقتضى العقد مبلغ 10000 درهم من المدعى عليه (المطلـــوب) علـــى أن يكمل باقي ثمن البيع الذي هو 200000 درهم ليصبح مالكا للبقعة الأرضية. ثم أكد في مذكرتـــه الجوابية المدلى بها مـــن طـــرف دفاعـــه بتاريخ 2010/9/2 المشار إليها في نفس الحكـــم أن ثمـــن البيع هو 210000 درهم، وكون الشريك الآخر باع بثمن آخر لا يلزمه في شيء. وهي عبـــارات تنصرف إلى أن الثمن الذي صرح به الطالب في الحكم المذكور والذي يخص واجبه هـــو 210000 درهم، وليس كما جاء في القرار المطعون فيه من أنه 100000 درهم، مما يجعله غير مـــبني علـــى أساس ومعللا تعليلا فاسدا يوازي انعدامه مما يعرضه للنقض".

وفي نازلة أخرى تتعلق بدعوى طرد محتل بدون سند أقامها المالك للأرض ضد من يتواجد في الأبنية المقامة عليها، اعتبرت محكمة النقض في قرارها الصادر بتاريخ 26 يناير 2016 أن الإقرار لا يعتد به إذا ناقضه صراحة من صدر لصالحه[47].

---

[47] قرار عدد :3/71 مؤرخ في 2016/01/26 ملف مدني عدد 2015/3/1/1894 غير منشور.

وقد جاء في معرض حيثياته ما يلي:

"حيث صح ما عابه الطاعن على القرار، ذلك انه بمقتضى الفصل 418 من قانون الالتزامات والعقود، فإن الأحكام يمكنها حتى قبل صيرورتها واجبة التنفيذ أن تكون حجة على الوقائع التي تثبتها، ولما كان البين من أوراق الملف المعروضة على قضاة الموضوع أن الطاعن سبق له أن تقدم بدعوى يطالب فيها المطلوب بأداء واجبات الكراء عن استغلال نفس المدعى فيه وأن المطلوب المذكور نفى وجود تلك العلاقة وتمسك بكون اعتماره المدعى فيه ناتج عن مساهمته في بناء الطابق العلوي، مما يعتبر معه الحكم المتضمن لهذه الوقائع حجة يتعين أخذها في الاعتبار وتقييمها عند نظر دعوى الاحتلال بدون سند فضلا عن أنه بمقتضى الفصل 415 من قانون الالتزامات والعقود في فقرته الثانية فالإقرار لا يعتد به إذا ناقضه صراحة من صدر لصالحه، فإن المحكمة مصدرة القرار المطعون فيه، لما عللت قرارها بان الدعوى سابقة لأوانها لكون الحكم القاضي بعدم قبول الطلب بخصوص دعوى المطالبة بواجبات الكراء لم يتم الحسم فيه بقرار نهائي تكون قد أساءت التعليل وعرضت قرارها للنقض".

الوصية الواجبة واحترام مبدأ عدم رجعية القوانين

قراءة في قرار محكمة النقض بتاريخ 13 يناير2015

دة. كوثر الكشبور

دكتورة في الحقوق

تمهيد:

من المبادئ العامة للقانون، والتي تتردد عادة على ألسنة رجال القانون، مبدأ أنه ليس للقانون أثر رجعي La loi n'a pas d'effet rétroactif.

ومعنى هذا المبدأ في مفهومه البسيط أنه، عندما يصدر قانون جديد بالكيفية المحدد دستوريا لذلك[1]، ثم ينشر في الجريدة الرسمية[2] التي تعلم الأفراد به وتحدد تاريخ نفاذه، فهو يطبق على الوقائع والتصرفات التي تنشأ في ظله، ولا

[1] راجع بالنسبة للاختصاصات التشريعية للبرلمان: الفصل 71 وما يليه من الدستور.

راجع بالنسبة لممارسة السلطة التشريعية الفصل 78 وما يليه من الدستور.

وانظر بخصوص الشرح:

كريم لحرش، الدستور الجديد للمملكة المغربية، شرح وتحليل، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2012، ص92 وما بعدها.

[2] مسألة وجوب النشر في الجريدة الرسمية تم النص عليها في الفقرة الثالثة من الفصل السادس من الدستور الحالي وتنص على ما يلي: **"تعتبر دستورية القواعد القانونية وتراتبيتها، ووجوب نشرها مبادئ عامة"**.

يمكن مطلقا أن يطبق على الوقائع والتصرفات التي نشأت في إطار قانون سابق. وفي حالة مخالفة هذه القاعدة، يكون القانون الجديد قد خرق المبدأ أعلاه.

المسألة جد بديهية ولا تحتاج إلى كبير بيان لإدراك كنهها، ولكن دراستها تحتاج إلى بدل كثير من الجهد لأنها أعقد مما نتصور[3].

ولأن العمل القضائي شحيح بالنسبة للموضوع، فإننا سنستغل قرار محكمة النقض أعلاه، لتوضيح بعض الأمور التي تتعلق بمبدأ عدم رجعية القانون، بالارتباط مع تطبيق أحكام الوصية الواجبة المنظمة بمدونة الأسرة[4]، ضمن أحكام المواريث.

أولا: وقائع القرار وموقف محكمة الموضوع

توفي شخص سنة 1943، وقد سبق أن توفي ابن له سنة 1942، وقد خلف هذا الابن وراءه أولادا له، هم أحفاد بالنسبة لجدهم الذي تأخرت وفاته حتى سنة 1943.

في سنة 2007، تقدم هؤلاء الأحفاد بمقال افتتاحي للدعوى إلى المحكمة الابتدائية بالناظور عرضوا فيه أن موروثهم يملك على الشياع مع المسمى عبد السلام (ت) القطعة الأرضية الموصوفة بالمقال مساحة وحدودا، وأن شريكهم فوتها للطاعن بموجب رسم الشراء عدد 91، والتمسوا الحكم لهم بشفعة المبيع،

---

[3] قرار مدني صادر عن محكمة النقض بتاريخ 10 يونيو 2014، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، العدد 78، ص. 22 وما بعدها.

قرار مدني، صادر عن محكمة النقض بتاريخ 22 يوليوز 2014، منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، العدد 78، ص 77 وما بعدها.

قرار اجتماعي صادر عن محكمة النقض بتاريخ 15 مارس 2006، منشور بمجلة المجلس الأعلى، العدد 67، ص. 334 وما بعدها.

[4] المواد من 369 إلى 372 من مدونة الأسرة.

مع الإذن بإيداع ثمن البيع بصندوق المحكمة، وإلزام الطاعن بأداء اليمين على أن ظاهر الثمن كباطنه، وأرفقوا مقالهم بصورة من رسم الإراثة عدد 319، وملحق الإراثة عدد 325، بالإضافة إلى رسم الشراء.

أجاب الطاعن والمدعى عليه ابتدائيا، ملتمسا عدم قبول الدعوى لكون رسم الإراثة عدد 319 المدلى به ناقص عن درجة الاعتبار، وأنه غير مستفسر[5]، وأن المطلوبين لم يدلوا بما يثبت ملكية من نسبوا له الملك، وأن طلب الشفعة قدم خارج الأجل، ثم أنه اشترى مفرزا ومحدودا ومعين المساحة وبالتالي، فلا شفعة فيه.

تقدم المطلوبون عبد الواحد (ا) وحورية (ا) ونزهة (ا) بطلب مؤرخ في 2010/1/12 في النزاع طالبين الحكم "باستحقاق المدعين لحظهم وفق الإراثة والفريضة الشرعية في العقار موضوع الدعوى وبشفعة المبيع بعد أدائهم الثمن ومصروفات العقد، وأداء المشفوع منه أن ظاهر الثمن كباطنه وتحميله المصاريف ورفض باقي الطلبات."

حكمت المحكمة الابتدائية وفق الطلب.

طُعِنَ في هذا الحكم أمام محكمة الاستئناف بالناظور، والتي أيدت الحكم الابتدائي المطعون فيه.

ثانيا: موقف محكمة النقض من قرار محكمة الاستئناف بالناظور

تم الطعن في قرار محكمة الاستئناف أعلاه، أمام محكمة النقض. وقد جاء

[5] والمقصود بالاستفسار، استفهام شهود اللفيف بما شهدوا به للتأكد من سلامة تلك الشهادة وعدم تناقضها، والاستفسار يقوم مقام التزكية.

عبد الرحمان بلعكيد، شرح لامية الزقاق في صناعة القضاء، دراسة في ضوء المذهب المالكي والتشريع المغربي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2015، ص. 242 وما بعدها.

وانظر على وجه الخصوص: ميارة الفاسي، شرح التحفة، دار الفكر، ص. 488.

في هذا الطعن ما يلي: "حيث مما يعيبه الطاعن على القرار خرق القانون الداخلي وأحكام الفقه، ذلك أنه أعمل رسم الإراثة عدد 319 فيما تضمنه بأن من جملة ورثة السيد حدو (ه) المتوفى سنة 1943 عن أحفاده، والحال أن قواعد الفقه التي كان يعمل بها زمن وفاة المرحوم حدو (ه) تقضي بحجب الأبناء للحفدة حجب إسقاط، وأنه إذا أضيف إلى ذلك أن الوصية الواجبة لم تكن مقررة وقتئذ، فإن القرار المطعون فيه حين وَرث من لا يرث، يكون قد خرق القواعد الواجبة التطبيق خرقا بينا يستوجب نقضه.

ولأن محكمة النقض قد اقتنعت بوجاهة الطعن بالنقض الموجه ضد قرار محكمة الاستئناف بالناظور والمبني أساسا على عدم رجعية القانون، فقد قررت ما يلي: "حيث صح ما عابه الطاعن في الوسيلة، ذلك أن المطلوبين يدعون أنهم أحفاد حدو (ه) الذي توفي سنة 1943، من جهة ابنه محمد الكبير بن محمد الذي توفي قبل أبيه المذكور سنة 1942، والطاعن دفع بأن ما اشتراه ملك لعبد السلام (ت) آل إليه إرثا من أبيه محمد (ت)، وبذلك فإن الوصية الواجبة لم يكن معمولا بها بالنظر إلى تاريخ وفاة مورثهم ووفاة جدهم، وبالنظر إلى تاريخ سريانها قانونا، والمحكمة لما التفتت عن التحقيق في الدفع المذكور، رغم ما له من تأثير على مسار الدعوى، تكون قد عللت قرارها تعليلا ناقصا، وهو بمثابة انعدامه وعرضته للنقض[6]".

ونقض قرار محكمة الاستئناف يقضي بإعمال مقتضيات الفصل 369 من ق.م.م[7].

---

[6] قرار 13 يناير 2015 المشار إلى مرجعه سابقا (انظر العنوان).

[7] ينص الفصل 369 من ق.م.م. على أنه: "إذا قضت محكمة النقض بنقض حكم أحالت الدعوى إلى محكمة أخرى من درجة المحكمة التي نقض حكمها أو بصفة استثنائية على نفس المحكمة التي صدر عنها الحكم المنقوض. ويتعين إذ ذاك أن تتكون هذه المحكمة من قضاة لم يشاركوا بوجه من الوجوه أو بحكم وظيف ما في الحكم الذي هو موضوع النقض.

إذا بتت محكمة النقض في قرارها في نقطة قانونية، تعين على المحكمة التي أحيل عليها الملف أن تتقيد بقرار محكمة النقض في هذه النقطة.

إذا رأت محكمة النقض بعد الحكم المحال عليها أنه لم يبق هناك شيء يستوجب الحكم قررت النقض بدون إحالة".

انظر حول هذا المقتضى:

– محمد الكشبور، النقض المدني الجزئي، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2017، (تحت الطبع).

ثالثا: السند القانوني لمبدأ عدم رجعية القانون

نظرا للأهمية الكبيرة التي يحظى بها مبدأ عدم رجعية القوانين في التشريعات الحديثة، لمساهمته في حسن تطبيق القانون، وبالتالي توفير الأمن القانوني داخل المجتمع، فقد ارتأت العديد من التشريعات المقارنة النص عليه بكيفية صريحة داخل منظومتها القانونية، دون اعتمادها لمنهجية موحدة، بخصوص مكان تواجد ذلك المبدأ.

1- في القانون المدني الفرنسي

نص المشرع الفرنسي على قاعدة وجوب احترام مبدأ عدم رجعية القانون في المادة الثانية من القانون المدني الصادر سنة 1804، وقد صيغت هذه المادة على الوجه الآتي:

“La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif”[8].

فالقانون، إذن وحسب هذا النص، يطبق بالنسبة للمستقبل وليس له مطلقا أثر رجعي[9].

وقد ترجم المشرع الجزائري هذا النص حرفيا وضمنه في مطلع المادة الثانية من القانون المدني[10].

---

[8] يميز الفقه الفرنسي عادة بين قاعدة الرجعية وقاعدة عدم الرجعية.

En droit, un acte est dit rétroactif lorsque ses effets peuvent s'exercer sur des situations antérieures à sa date de mise en application. Une loi ne peut avoir un... effet rétroactif.

La non-rétroactivité est le caractère de ce qui ne peut être rétroactif. La non-rétroactivité est le principe selon laquel une nouvelle norme juridique ne remet pas en cause les situations juridiques antérieures à la mise en œuvre de cette nouvelle norme.

[9] ومعناه أن يطبق بالنسبة للمستقبل فقط، ولا يستند إلى الماضي.

[10] جاء في المادة الثانية من القانون المدني الجزائري: "لا يسري القانون إلا على ما يقع في المستقبل، ولا يكون له أثر رجعي. ولا يجوز إلغاء القانون، إلا بقانون لاحق ينص صراحة على هذا الإلغاء. وقد يكون الإلغاء ضمنيا إذا تضمن القانون الجديد نصا يتعارض مع نص القانون القديم أو نظم من جديد موضوعا سبق أن قرر قواعد ذلك القانون القديم".

وانطلاقا من القرارات الصادرة عن محكمة النقض الفرنسية بالخصوص، قرر الفقه أن للمبدأ أعلاه ثلاثة استثناءات أساسية لابد من استحضارها.

أ– الاستثناء المضمن بنص تشريعي صريح يقرر المشرع من خلاله تطبيق هذا النص بأثر رجعي[11]، مع العلم أن الاستثناء يجب أن يستهدف تحقيق مصلحة عامة على ما قرره المجلس الدستوري الفرنسي[12].

ب– النص التشريعي التفسيري[13] الذي يؤدي إلى توضيح نص تشريعي غامض، دون إضافة أو نقصان[14]. إلى مقتضيات ذلك النص. ذلك أن التشريع المفسّر هو جزء من التشريع المفسَّر، يأخذ حكمه.

---

[11] فقد قرر القضاء أن مبدأ عدم رجعية القوانين المنصوص عليه في المادة الثانية من القانون المدني، ليست له طبيعة دستورية، وهو ما ساعد على تقرير استثناءات بالنسبة إليه، فحسب المجلس الدستوري:

« Le principe de non-rétroactivité des lois n'a pas de valeur constitutionnelle qu'en matière répressive»

- Cons. const. 9 janvier, 22 juillet, 30 décembre 1980, D. 1982 .

وفي قرار لمحكمة النقض الفرنسية، فإن مبدأ عدم رجعية القوانين، لا يقيد المشرع وإنما يقيد القاضي وحده.

- Civ. 1ère, 20 juin 2000, Bull. civ. I, n° 191 (2ème arrêt) D. 2000, 699, note Niboyet.

انظر من أجل التوسع حول الموضوع:

- François-Luc Simon, "La non rétroactivité des lois en matière civile
www.lettredesreseaux.com.

[12] وهذه المصلحة العامة تخضع لرقابة المجلس الدستوري. انظر مثلا:

- Décision n° 96-374 du 9 avril 1996.
Rétroactivité en droit français
fr.wikipeida.org
- Cons. Const. 7 nov. 1997, D. 1999, somm. 235, obs. Merlin, Soucramanien.

وانظر كذلك:

- La sécurité juridique ،"Le point du juge constitutionnel."
www.conseil-constitutionnel.fr
13-La loi interprétative.

[14] انظر مثلا:

- Cass. com. 2 oct. 2001 ،Bull. civ. 4 ،n° 156.
- Cass. civ. 3°27 ، fév. 2002 ،Bull. civ. 3 ،n° 53.
- Cass. com. 22 oct. 2002 ،pourvoi ،n° 00.10715.
- Jean-Guy Huglo ،"La cour de cassation et le principe de la sécurité juridique".
www.conseil-constitutionnel.fr

ج– النص الجنائي الأصلح بالنسبة للمتهم[15].

وقد اعتبرت محكمة النقض الفرنسية أن مبدأ عدم رجعية القانون في المادة المدنية من متعلقات النظام العام، لمحكمة الموضوع أن تثيره تلقائيا، ولو لم يتمسك به صاحب المصلحة[16]. وبالإضافة إلى ذلك، فهو يحمل طابع الاستثناء الذي لا يتوسع في تفسيره ولا يقاس عليه.

2- في الدستور السوري

تنص المادة 30 من الدستور السوري الصادر بالمرسوم رقم 208 لسنة 1973 على أنه:

---

[15] راجع بخصوص عدم رجعية قواعد القانون الجنائي المادة 112–1 وما بعدها من القانون الجنائي الفرنسي.

وفي التشريع المغربي، فقد أحاط المشرع بالموضوع في الفصول 4 و5 و6 من مدونة القانون الجنائي.

ويعلل الفقه عادة تطبيق القانون الجنائي الأصلح للمتهم كما يلي:

"تسري القوانين الجنائية الجديدة بأثر رجعي على ما ارتكب من أفعال قبل نفاذها إذا كان أصلح للمتهم، بأن كانت تمحو الجريمة أو تخفف العقوبة وتعليل قبول هذه القاعدة، مع أن الفاعل ارتكب جرمه تحت سلطان القانون الأشد، هو أن إلغاء الجريمة أو تخفيف العقوبة أو تعديل شروط التجريم، معناه أن المجتمع أقر بفساد القانون السابق أو بشدته، فليس من مصلحة المتهم إذن، ولا من مصلحة المجتمع نفسه أن يعامل أحد بأشد مما تقتضيه المصلحة التي أقرها القانون الجديد، المفروض فيه أنه القانون العادل".

– د. إدريس العلوي العبدلاوي، أصول القانون، الجزء الأول، نظرية القانون، مطابع دار القلم ببيروت، 1971، ص. 657.

انظر حول الموضوع:

- R. et P. Garraud, ‘’L'application de la loi dans le temps (suivant la science rationnelle)’’.

[16] انظر حول ذلك:

- Civ. 2°24 ، nov. 1955 ،Bull. civ. II ،1955 ،n° 533.
- Civ. 3°21 ، janv. 1971 ،Bull. civ. 1971 ،III ،n° 44.
- Civ. 3°7 ، nov. 1968 ،Bull. civ. 1968 ،III ،n° 444.
- Civ. 3°6 ، déc. 1977 ،Bull. civ. 1977 ،III ،n° 429.
- Civ. 1ère9 ، déc. 2009 ،Bull. civ. 2009 ،I ،n° 242.
- Civ. 1ère16 ، juin 2013 ،Bull. civ. 2013 ،I ،n° 125.

"لا تسري أحكام القوانين إلا على ما يقع من تاريخ العمل بها ولا يكون لها أثر رجعي. ويجوز في الأمور غير الجزائية النص على خلاف ذلك."

والظاهر من القراءة المتأنية للنص أعلاه أن عدم رجعية القوانين في النظام القانوني السوري، وإن تقررت بنص دستوري، فهي قد فتحت الباب أمام مخالفتها من طرف المشرع، ما لم يتعلق الأمر بالمادة الجنائية التي لا تعرف أي استثناء يذكر.

وهكذا، فلا يختلف الوضع في القانون السوري عن الوضع في القانون الفرنسي المشار إليه سابقا، إلا بخصوص مكان تواجد النص المتعلق بعدم رجعية القوانين، أما من حيث الآثار، فهي واحدة بالنسبة للقانونين معا، ما دام الدستور السوري قد فتح الباب أما المخالفة التي يجب أن تكون صريحة[17].

3- في الدستور المغربي

تنص الفقرة الأخيرة من الفصل 6 من دستور المملكة المغربية لسنة 2011 على ما يلي: **"ليس للقانون أثر رجعي"**.[18]

فبخلاف الدستور السوري الذي قرر مبدأ عدم رجعية القوانين، وقرر مكنة مخالفته، ما لم يتعلق الأمر بالمادة الجنائية، حيث لا استثناء، فقد جاء النص في الدستور المغربي عاما وشاملا، لا يحتمل أي استثناء[19]. وفي حالة

---

[17] وهو ما قررته محكمة النقض الفرنسية:

- Civ. 1ère9, décembre 2009, Bull. Civ, n° 242, D. 2010. Paris, 728obs.

Lemouland et Vigneau.

[18] مع العلم أن هذه الصياغة لم تتغير منذ دستور 1962 إلى اليوم، إنما الذي تغير هو أنها كانت تضمن دائما في الفصل الرابع وفي دستور سنة 2011 وضعت بالفصل السادس (الفقرة الأخيرة منه).

[19] الفصل 133 من الدستور.

لمخالفة، تكون تلك المخالفة غير دستورية، يمكن الطعن بشأنها أمام المحكمة الدستورية[20].

أما بخصوص القوانين التفسيرية الموضحة لنصوص سابقة عليها، فتلك مسألة بديهية تؤكد المبدأ ولا تخرقه، ما دام أن المشرع -مفسر النص- لم يضف أو ينقص منه شيئا[21]، وإلا عُدّ متحايلا على القانون.

ويجب الرضوخ لمبدأ عدم رجعية القوانين باعتباره قاعدة دستورية[22] في القانون المغربي، يسود في كل فروع القانون، بل ويمتد إلى القرارات

---

[20] لأخذ فكرة شاملة عن الوضع الذي عرفه القانون المغربي، سواء قبل دخوله للمرحلة الدستورية سنة 1962 أو بعد دخوله فيها، انظر:

- Mohammed Jalal Saïd, “L'inroduction à l'étude de droit”, imp. Fédala, éd. 2000, p. 254 et suiv.

وانظر من أجل التوسع:

أحمد زوكاغي، تنازع القوانين في الزمان، دكتوراه دولة في القانون الخاص من كلية الحقوق بالرباط، 1991.

[21] سبقت الإشارة إلى ذلك.

[22] ولأن عدم رجعية القانون مسألة دستورية في المغرب، فهي تندرج ضمن رقابة المحكمة الدستورية، حيث ينص الفصل 133 من دستور المملكة على أنه:

"تختص المحكمة الدستورية بالنظر في كل دفع متعلق بعدم دستورية قانون، أثير أثناء النظر في قضية وذلك إذا دفع أحد الأطراف بأن القانون الذي سيطبق في النزاع يمس الحقوق والحريات التي ينظمها الدستور.

يحدد قانون تنظيمي كيفية إجراءات تطبيق هذا الفصل".

ومن المعلوم أن عدم رجعية القانون من الحقوق الأساسية التي ينظمها الدستور، فتندرج من ثمة في إطاره.

الإدارية[23] والاجتهادات القضائية[24] أيضا.

---

[23] انظر حول الموضوع:

مليكة الصروخ، القانون الإداري، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2001، ص 430 وما بعدها.

وبالنسبة للوضع في فرنسا:

- Le conseil d'Etat et la juridiction administrative. 25 juin 1948 ،société du journal l'Aurore

www.conseil-etat.fr

Rec. Le bon ،p. 289 et suiv.

ويعتبر قرار 25 يونيو 1948، أعلاه أول قرار فرنسي صادر عن مجلس الدولة يقرر أن القرارات الإدارية لا تطبق إلا بالنسبة للمستقبل.

Le règlement ne dispose que pour l'avenir.

انظر كذلك:

- Patrick Gaudmin ،"Le principe de non - rétroactivité des actes administratifs". https://blogavocat.fr.

[24] العمل القضائي، لا يترل عادة مترلة القانون. غير أننا قد نجد أنفسنا أمام حالة لم ينظمها المشرع – أي لم يضع لها نصا قانونيا يحكمها – أو لم يحدد المشرع شروط تطبيق نص تشريعي ما، فتقوم محكمة النقض بسد الفراغ الذي تركه المشرع ويتكرر موقفها ويتأكد من خلال قضايا مشابهة. وفي مثل هذه الأحوال، نكون أمام اجتهاد قضائي nceune jurisprude والاجتهاد القضائي قد لا يبقى قارا وإنما يخضع لسنة التطور.

والراجح لدى الفقه والقضاء أن الاجتهاد القضائي بدوره لا يطبق بأثر رجعي.

ففي فرنسا مثلا، وضعت محكمة النقض الفرنسية على كاهل الطبيب الجراح وجوب إخبار المريض .بمدى خطورة العملية الجراحية التي سوف تجرى له. مثل هذا الالتزام لا يثقل كاهل الأطباء الجراحين الذين سبق لهم أن أجروا عمليات جراحية قبل صدور قرار محكمة النقض الذي فرض ذلك الالتزام، أي في وقت لم يكن ذلك الالتزام قد تقرر.

- Civ. 1ère,9 oct. 2001 ،Bull. 2001, n° 249.

- Civ. 1ère,11 juin 2009 ،Bull. I, n° 124.

وانظر للتوسع حول الموضوع، وللوقوف على اجتهادات قضائية أخرى تهم الموضوع:

- La cour de cassation ،gardienne de l'application de la jurisprudence dans le temps.
- https://www.courdecassation.fr
- Ch. Radé ،"De la rétroactivité des jurisprudences" ،D. 2005.

وانظر خلاف هذا الموقف لدى:

- J. Ghestin et G. Goubeaux (avec le concours de Muriel. Fabre Magnan), Traité de droit civil, "Introduction générale", Delta, LGDJ, 1996

ومن المفيد الإشارة هنا إلى أن مبدأ عدم رجعية القوانين مبدأ راسخ سبقت الشريعة الإسلامية القوانين الوضعية إلى تقريره[25].

والمبدأ يطبق على القواعد الموضوعية، كما يطبق على القواعد الإجرائية[26]، على حد سواء، وتفسيره يقوم على نظريتين أساسيتين هما:

---

[25] يستند فقهاء الشريعة، بل وفقهاء، القانون الوضعي بخصوص قاعدة عدم رجعية أحكام الشريعة الإسلامية إلى قوله تعالى: {وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا}. – الآية 15 من سورة الإسراء.
قوله تعالى: {وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا}، أي لم نترك الخلق سدى، بل أرسلنا الرسل وفي هذا دليل على أن الأحكام لا تثبت إلا بالشرع، خلافا للمعتزلة القائلين بأن العقل يقبح ويحسن ويبيح ويحذر. وقد تقدم في البقرة القول فيه (راجع جزء واحد، ص. 251)، والجمهور على أن هذا في حكم الدنيا، أي أن الله لا يهلك أمة بعذاب، إلا بعد الرسالة إليهم والإنذار...".
أبو عبد الله محمد بن أحمد الأنصاري القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، الجزء العاشر، دار الكتاب العربي للطباعة والنشر، القاهرة، 1967، ص. 231.
ومن تطبيقات القاعدة أعلاه: {ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء إلا ما قد سلف}.
الآية 22 من سورة النساء.
ومعناه أن الزواج من امرأة سبق أن كانت زوجة للأب هو فعل حرام بدليل ذمه {إنه كان فاحشة ومقتا وساء سبيلا}. غير أن ما وقع قبل نزول الآية أعلاه فهو فعل لا يعاقب عليه.
وانظر من أجل التوسع: – الأنصاري القرطبي، أحكام القرآن، م.س.، الجزء الخامس، ص. 103 وما بعدها.

[26] القواعد الموضوعية تخضع للأحكام العامة في الموضوع. أما القواعد الإجرائية، فيجب التمييز بشأنها بين ما أنجز في إطار القانون القديم، وما لم ينجز بعد. هذا الأخير يخضع وحده للقانون الجديد. وهو الموقف الذي تتبناه محكمة النقض الفرنسية.

-“Les lois et décrets nouveaux relatifs à la procédure et aux lois d'exécution, s'ils sont immédiatement applicables aux instances en cours, n'ont pas pour conséquence, hors le cas d'une disposition législative expresse, d'annuler ou de destituer de leurs effets définitifs ou provisoires, les actes qui ont été régulièrement accomplis sous l'empire du texte ancien”.

- Civ. 2°4 ، juin 1980 ،Bull. civ. II ،n° 133.

- Civ. 2°16 ، déc. 1982 ،Bull. civ. II ،n° 165.

وهذا المنهج هو المتبع عمليا في القانون المغربي، جاء مثلا في المادة 398 من مدونة الأسرة: "تبقى الإجراءات المسطرية المنجزة في قضايا الأحوال الشخصية قبل تاريخ دخول هذه المدونة إلى حيز التنفيذ سارية المفعول".
وبخصوص الطعون، تنص المادة 399 من نفس المدونة على أنه: "تظل المقررات الصادرة قبل دخول هذه المدونة حيز التنفيذ خاضعة من حيث الطعون وآجالها للمقتضيات المضمنة في الظهائر المشار إليها في المادة 397 أعلاه".
والمقصود الظهائر الخمسة المكونة لمدونة الأحوال الشخصية.
– محمد الكشبور، الوسيط في قانون الأحوال الشخصية، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2003، ص. 27 و28.
وهذا الاتجاه، هو غير المقرر من جانب محكمة النقض الفرنسية:

- “Une cour d'appel statuant comme juge du second degré ne peut appliquer d'autres textes que ceux en vigueur à la date de son arrêt”.

- Civ. 2°6 ، fév. 1975 ،Bull. civ. II ،n° 38. ==

1- نظرية تقليدية، وتعتمد على التمييز بين الحق المكتسب Droit acquis والذي يتحصن ضد القانون الجديد، ومجرد الأمل Simple expectative الذي لا حصانة له في مواجهة القانون الجديد، بحيث له أن يهدره.

2- نظرية حديثة، وتعتمد هذه النظرية على التمييز بين الأثر الرجعي والأثر الفوري للقانون[27].

ورغم ذلك، فإن هاتين النظريتين لم تحلا كل مشاكل تنازع القوانين من حيث الزمان الذي يظل عملا صعبا.

== وفي نفس المعنى:

- Civ. 1ère7 ‹ mai 1980 ‹Bull. civ. I ‹n° 140.

[27] **النظرية التقليدية:**
تعتمد هذه النظرية على التمييز بين الحق المكتسب والذي لا يمكن للقانون الجديد أن يمس به ومجرد الأمل الذي له أن يهدره. فبخصوص الوصية مثلا، فهي لا تنفذ، إلا بعد موت الموصي. فإذا مات هذا الأخير، فلا يمكن لقانون جديد أن يعدل في أحكام الوصية، إذ في هذه الحالة أصبح للموصى له حق مكتسب. أما قبل وفات الموصي، فليس للموصى له إلا مجرد أمل في إطار القانون الجديد الذي يُطَبَّق عليه. وقد انتقدت هذه النظرية من جانب الفقه الفرنسي.
النظرية الحديثة:
تعتمد هذه النظرية التي صاغها الفقيه روبيي Roubier التمييز بين الأثر الرجعي والأثر الفوري للقانون، وهذه التفرقة تقوم على فكرة أساسية مفادها أن الأثر الرجعي هو تطبيق للقانون على الماضي. أما الأثر الفوري – أي المباشر – فهو تطبيق للقانون الجديد على الحاضر والمستقبل. وهكذا، فإذا أريد تطبيق القانون الجديد على الوقائع التامة، فإن التطبيق في هذه الحالة، يكون رجعيا. وأما إذا أريد تطبيق القانون الجديد. وهذه لا يطبق عليها هذا القانون الأخير، وإلا اعتبر تطبيقه رجعيا. وبين أجزائها اللاحقة على العمل بالقانون الجديد، وهذه يطبق عليها بأثر مباشر، دون أن يعتبر ذلك تطبيقا رجعيا له. أما بالنسبة للوقائع المستقبلة، فإن تطبيق القانون الجديد عليها، لا يمكن مطلقا أن يكون رجعيا.
انظر:

- Nidhoim Attouman ‹"Conflit de la loi dans le temps, la règle de non-rétroactivité des lois".
comoresdroit.centerblog.net

سمير عبد السيد تناغو، النظرية العامة للقانون، مكتبة المعارف بالإسكندرية، 1973، ص. 670 وما بعدها.

ومن أجل التعمق حول النظريتين أعلاه، انظر:

- P. Roubier, "De l'effet des lois nouvelles sur les procès en cours", in Etudes Maury, tome II.
- P. Roubier, "Du droit transitoire"2 , ° éd. Paris1960.
- E.L. Bach. "Contribution à l'étude du problème de l'application des lois dans le temps'', RTD, civ. 1969 , p. 413 et suiv.
- J. Ghestin et Gilles Goubeaux (avec le concours de Muriel Fabre-Magnan) "Droit civil, introduction générale" Delta LGDJ 1996 p. 325 et suiv.

ومن الواضح أن مبدأ عدم رجعية القانون يرمي إلى تحقيق أهداف عدة، منها على وجه الخصوص:

1- المساهمة في استقرار المعاملات داخل المجتمع، ذلك أن الأشخاص إنما تتحدد مراكزهم ويتصرفون وفقا لقانون سائد .وقد يهدم تلك المراكز وتلك التصرفات إصدار قانون جديد يعدل في تلك المراكز أو تلك التصرفات، وهو ما يضر بذلك الاستقرار، متى طبق ذلك القانون بأثر رجعي.

2- المساهمة في إقرار السلم الاجتماعي داخل المجتمع، ذلك أن إصدار قانون جديد يعدل في المراكز القانونية للأشخاص والتصرفات القانونية التي سبق لهم أن أبرموها يخلق داخل المجتمع نوعا من عدم الاستقرار القانوني، بل وعدم الاطمئنان على تلك المراكز.

3- بث الثقة في المشرع الذي يحترم المبدأ[28].

4- المساهمة في بث الأمن القانوني داخل المجتمع.

---

[28] وهو ما قرره بورتاليس Portalis أحد رواد الثورة الفرنسية.

- “L'office de la loi est de régler l'avenir; le passé n'est plus dans son pouvoir. Partout où la rétroactivité serait admise, non seulement la sûreté n'existerait plus, mais son ombre même... Que deviendrait donc la liberté civile, si le citoyen pouvait craindre qu'après coup il serait exposé au danger d'être recherché dans ses actions ou troublé dans ses droits acquis, par une loi postérieure?’’

In: - Rétroactivité en droit français.

https://fr.wikipedia.or

- Le principe de non-rétroactivité des lois.

www.étudier.com

رابعا: موقف محكمة النقض المغربية من عدم رجعية القانون

سبق لمحكمة النقض المغربية أن تمسكت بمبدأ عدم رجعية القانون في عدة قضايا سابقة[29].

وبخصوص قرار المحكمة الذي انطلقنا منه في هذه الدراسة - قرار 13 يناير - 2015 قد نقض قرار محكمة الاستئناف بالناظور، لأنه طبق مدونة الأسرة بأثر رجعي في قضية تتعلق بالوصية الواجبة ترجع إلى سنة 1943، أي في وقت كانت الأحوال الشخصية للمواطن المغربي تخضع للفقه المالكي.

1- الوصية الواجبة وتنظيمها التشريعي

تنقسم الوصية إلى قسمين: وصية إرادية مصدرها إرادة الموصي، ووصية واجبة مصدرها القانون، مثلها في ذلك مثل الميراث.

---

[29] جاء في قرار للمجلس الأعلى وقبل دخول المغرب في المرحلة الدستورية سنة 1962:

"إن قاعدة عدم رجعية القوانين ملزمة للقضاة...".

"إن أحكام القانون الجديد لا تمس بالحقوق المكتسبة في ظل القانون السابق، ما لم ينص القانون الجديد على خلاف ذلك...".

قرار بتاريخ 10 يونيو 1960، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 34، ص. 174 وما بعدها.

ويعبر هذا القرار عن موقف محكمة النقض الفرنسية بالنسبة للموضوع.

وجاء في قرار آخر:

"حيث يتجلى من وثائق الملف ومن القرار المطعون فيه أن الحادثة وقعت بتاريخ 8 شتنبر 1976 في ظل القانون السابق الذي كان يقرر الحق في التعويض عن الضرر المعنوي لفائدة الإخوة وأن المحكمة لما رفضت طلب الطاعنين على أساس القانون الجديد الذي حرم الإخوة من التعويض تكون قد خرقت القانون".

قرار بتاريخ 4 أكتوبر 1995، منشور بمجلة القضاء والقانون، العدد 49 و50، ص. 60 وما بعدها.

نظم المشرع الوصية الإرادية في المواد من 277 إلى 314 من مدونة الأسرة، بالإضافة إلى التنزيل، وقد نظمه المشرع في المواد من 315 إلى 320 من نفس المدونة[30].

ونظم الوصية الواجبة ضمن أحكام المواريث في المواد من 369 إلى 372[31].

غير أن ما تجب ملاحظته أن الوصية الواجبة قد عرفت من حيث تنظيمها المرور بثلاث مراحل، متميزة.

---

[30] فقد عرف المشرع المغربي التنزيل في المادة 315 من مدونة الأسرة كما يلي:

"التنزيل إلحاق شخص غير وارث بوارث وإنزاله منزلته".

وحسب المادة 316 من نفس المدونة:

"ينعقد التنزيل بما تنعقد به الوصية...".

وأخيرا، فقد جاء في المادة 320 من نفس المدونة:

"كل ما لم تشمله أحكام التنزيل يرجع فيه لأحكام الوصية".

وانظر لمزيد من الإيضاح في الموضوع:

ذ. أحمد الغازي الحسيني، مختصر علمي الفرائض والحقوق الإرثية، منشورات جمعية تنمية البحوث والدراسات القضائية، 1982، ص. 143.

عبد الرحمن بلعكيد، علم الفرائض، المواريث، الوصايا، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2012، ص. 409، وما بعدها.

الرسموكي، إيضاح الأسرار المصونة في الجواهر المكنونة في صدف الفرائض المسنونة، نشر وزارة الأوقاف المغربية، سنة 2004، ص. 290 وما بعدها.

[31] من الملاحظ أن المشرع المغربي – وخلافا للقانونين المصري والسوري اللذين نظما الوصية الواجبة ضمن أحكام الوصية – قد نظم الوصية الواجبة ضمن أحكام الميراث. والوصية الواجبة في حقيقتها تأخذ بعض أحكام قواعدها من الوصية الإرادية وبعضها الآخر من أحكام الميراث.

انظر للتوسع حول هذه النقطة:

عبد الرحمن بلعكيد، علم الفرائض، المواريث والوصايا، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2012، ص 418.

محمد رياض، أحكام المواريث، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 1998.

أحمد الجباري، فقه الوصية والتنزيل، أطروحة من كلية الشريعة بفاس، 2003، ص. 121 وما بعدها.

أ- مرحلة إنكار الوصية الواجبة

تمذهب المغرب، ومنذ العهد المرابطي المذهب المالكي. وقد استمر الوضع في المغرب حتى ما بين سنتي 1957 و1958، حيث تم إصدار مدونة الأحوال الشخصية.

والمذهب المالكي الذي كان مطبقا عندئذ بالمغرب لا يعترف، إلا بالوصية الإرادية، دون نظيرتها الواجبة[32].

وفي الفقه المالكي، فالابن يحجب ابن أخيه .وفي حالة عدم وجود الابن، فالحفيد يرث في تركة جده بالاعتماد على أحكام الإرث، لا بناء على أحكام الوصية الواجبة.

ب- مدونة الأحوال الشخصية تأخذ بالوصية الواجبة في حدود

أخذت مدونة الأحوال الشخصية الصادرة بين سنتي 1957 و1958 —

---

[32] وهذا الوضع هو المعني بقرار 13 يناير 2015 الذي انطلقنا منه.

للمزيد من الإيضاح انظر كذلك:

د. محمود محمد الشيخ، الوصية للأحفاد بين النسخ والإثبات، المكتبة العصرية، صيدا، لبنان، 2005، ص. 225 وما بعدها.

وينطلق الجدل حول الوصية الواجبة من حيث نسخها أو عدم نسخها من قوله تعالى:

{كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت الوصية للوالدين والأقربين حقا على المتقين}.

الآية 186 من سورة البقرة.

وانظر حول هذا الجدل:

محمود محمد الشيخ، م.س.، ص. 252 وما بعدها.

ويعتبر الفقيه الأندلسي علي بن أحمد بن سعيد بن حزم في كتابه، المحلى بالآثار، (الجزء السابع، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006، ص. 349 وما بعدها) أهم المدافعين عن الوصية الواجبة بالحجة والدليل.

وعلى غرار التشريعين المصري[33] السوري للأحوال الشخصية[34] بالوصية الواجبة في الفصول من 266 إلى269.

فقد وضع الفصل 266 القاعدة عندما قرر ما يلي:

"من توفي وله أولاد ابن وقد مات ذلك الإبن قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية."

وحدد الفصلان 267 و268 نصاب الوصية الواجبة وشروطها، أما الفصل 269 فقد حدد نطاق الوصية الواجبة على الوجه الآتي:

"تكون هذه الوصية لأولاد الابن ولأولاد ابن الإبن وإن نزل، واحدا كانوا أو أكثر، للذكر مثل حظ الأنثيين، يحجب فيها كل أصل فرعه، دون فرع غيره، ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط".

ومن خلال القراءة المتأنية لهذا النص، يتضح أن الوصية الواجبة قد قررت للأحفاد من جهة الابن لا من جهة البنت[35]، مع العلم أن الظروف التي

---

[33] قانون الوصية المصري رقم 71 لسنة 1946 هو أول قانون عربي طبق مبدأ الوصية الواجبة، لكن بصورة ضيقة جدا، إذ قصرها على فروع الطبقة الأولى من أولاد البنات وعلى أولاد الأبناء من الظهور وإن نزلوا على أن يحجب كل أصل فرعه،

راجع في هذا الصدد المواد من 76 إلى 79 من القانون أعلاه.

[34] أخذ القانون السوري بأحكام الوصية من القانون المصري، ومنها الأحكام المتعلقة بالوصية الواجبة بعدما أدخل عليها بعض التعديل. وأهم تعديل جذري قام به المشرع السوري هو حرمان أولاد البنت من الوصية الواجبة بحجة أنهم من ذوي الأرحام، كما جاء في ذكر الأسباب الموجبة وأنهم تبعا لقواعد الإرث لا يرثون مع وجود أصحاب الفروض والعصبات (قانون الأحوال الشخصية لسنة 1953 المادة 291).

انظر حول هذين القانونين المصري والسوري:

هشام قبلان، الوصية الواجبة في الإسلام، منشورات عويدات، بيبروت، باريس، 1981، ص. 53 وما بعدها.

[35] والظاهر أن المشرع المغربي قد اعتمد في هذا الصدد على قانون الوصية السوري، وهو بشأن التشريع للوصية الواجبة في مدونة الأحوال الشخصية.

دفعت بالمشرع إلى تقرير الوصية الواجبة قد لا تختلف بين هؤلاء الأحفاد، سواء انحدروا من جهة ابن أو من جهة بنت[36]، وهو وضع سوف تصححه مدونة الأسرة، الصادرة بالقانون رقم 70.03 (ظهير شريف رقم 1.04.22 في 3 فبراير 2004 بتنفيذ القانون رقم .70.03 ج.ر .عدد 5184 الصادر في 5 فبراير 2004).

ج- الوصية الواجبة في مدونة الأسرة

من بين أهم ما تأسست عليه مدونة الأسرة، المساواة في الحقوق الأسرية بين الذكور والإناث[37] وهو ما كان له أثر بين أحكام على الوصية الواجبة.

---

[36] في هذا الصدد، جاء في المذكرة التفسيرية لقانون الوصية الواجبة المصري.

"وضعت المواد 79-76 لتلافي حالة كثرت منها الشكوى، وهي حالة الأحفاد الذين يموت آباؤهم في حياة أبيهم أو أمهم أو يموتون معهم ولو حكما كالغرقى والهدمى والحرقى، فإن هؤلاء قلما يرثون بعد موت جدهم أو جدتهم لوجود من يحجبهم من الميراث، مع أن آباءهم قد يكونون ممن شاركوا في بناء الثروة التي خلفها الميت، وقد يكونون في عياله يقوتهم وأحب شيء إلى نفسه أن يوصي لهم بشيء من ماله ولكن المنية عاجلته فلم يفعل شيئا أو حالت بينه وبين ذلك مؤثرات وقتية - قد تضمنت المادة 76 أنهم إذا كانوا غير وارثين و لم يوص لهم الجد أو الجدة بمثل نصيب أصلهم، فإن الوصية تجب لهم بإيجاب الله تعالى بمثل هذا النصيب على ألا يزيد على الثلث...

والقول بوجوب الوصية للأقربين غير الوارثين مروي عن جمع من فقهاء التابعين ومن بعض من أئمة الفقه والحديث ومن هؤلاء سعيد بن المسيب والحسن البصري وطاوس والإمام أحمد وداوود الطبري وإسحاق بن راهويه وابن حزم. والأصل في هذا قوله تعالى: {كتب عليكم إذا حضر أحدكم الموت إن ترك خيرا الوصية للوالدين والأقربين بالمعروف حقا على المتقين}. والقول بإعطاء من مال المتوفى للأقربين غير الوارثين على أنه وصية وجبت في ماله إذا لم يوص لهم مذهب ابن حزم، ويؤخذ من أقوال بعض فقهاء التابعين ورواية في مذهب الإمام أحمد...".

هشام قبلان، م.س.، بنفس الموضع.

عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء التاسع، أسباب كسب الملكية، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1968، ص. 217 (الهامش).

[37] انظر حول الموضوع:

محمد الكشبور، الواضح في شرح مدونة الأسرة الجزء الأول، مطبعة النجاح الجديدة بالدار البيضاء، 2015.

نظمت مدونة الأسرة الوصية الواجبة في المواد من 369 إلى 372، ضمن أحكام المواريث.

وهكذا، فبخلاف الفصل 266 من مدونة الأحوال الشخصية الملغى، فقد نصت المادة 369 على أنه:

"من توفي وله أولاد ابن أو أولاد بنت ومات الابن أو البنت قبله أو معه وجب لأحفاده هؤلاء في ثلث تركته وصية بالمقدار والشروط الآتية."

وجاءت المادتان 370 و371 متطابقتين للفصلين 267 و268 من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة.

وأكدت المادة 378 القاعدة التي وضعتها المادة 369 من نفس المدونة وقد صيغت على الوجه الآتي:

"تكون هذه الوصية لأولاد الابن وأولاد البنت ولأولاد ابن الإبن وإن نزل، واحدا كانوا أو أكثر، للذكر مثل حظ الأنثيين يحجب فيها كل أصل فرعه، دون فرع غيره ويأخذ كل فرع نصيب أصله فقط."

وهكذا، وفي إطار السياسة التي انتهجتها مدونة الأسرة، سوى المشرع بين أبناء الابن وأبناء البنت في استحقاقهم جميعا للوصية الواجبة[38].

ونشير إلى أنه من الطبيعي جدا أن الوضع الذي عرفته الوصية الواجبة في

---

[38] جاء في ا لمادة 370:

"الوصية الواجبة لهؤلاء الأحفاد تكون بمقدار حصتهم، مما يرثه أبوهم أو أمهم عن أصله المتوفى على فرض موت موروثهم إثر وفاة أصله المذكور على ألا يتجاوز ذلك ثلث التركة".

وتضيف المادة 371 من نفس المدونة:

"لا يستحق هؤلاء الأحفاد إذا كانوا وارثين لأصل موروثهم، جدا كان أو جدة، أو كان قد أوصى لهم أو أعطاهم في حياته بلا عوض مقدار ما يستحقون بهذه الوصية الواجبة، فإن أوصى لهم بأقل من ذلك، وجبت تكملته، وإن أوصى بأكثر، كان الزائد متوقفا على إجازة الورثة، وإن أوصى لبعضهم فقط، وجبت الوصية للآخر بقدر نصيبه على نهج ما ذكر".

القانون المغربي من شأنه أن يخلق تنازعا في الزمن بشأنها، على ثلاثة مستويات:

- تنازع بين الفقه المالكي ومدونة الأحوال الشخصية.
- تنازع بين مدونة الأسرة ومدونة الأحوال الشخصية[39].
- تنازع بين الفقه المالكي ومدونة الأسرة[40].

والعبرة بخصوص تحديد وقت التنازع بتاريخ وفاة الجد، ومن ثمة فوفاة الجد الذي سبق لابنه أن توفي قبله قبل سنة 1958، وخلف وراءه أبناء يخضع للفقه المالكي الذي لا يعترف بالوصية الواجبة، والجد الذي كانت وفاته ما بين 1958 و2004، إنما يخضع لمدونة الأحوال الشخصية بالشكل المحدد في الفصلين 266 و269، أما الجد الذي توفي بعد سنة 2004، فإنما يخضع لمدونة الأسرة بالكيفية المحدد في المادتين 369 و372.

---

[39] وهو ما عالجه قرار المجلس الأعلى بتاريخ 31 غشت 2010.

"لكن، حيث إنه إذا كان للقانون الوضعي أثر فوري ويطبق على الأحداث والوقائع التي حدثت في ظله وابتداء من تاريخ نفاذه، فإنه ليس من شأن هذا التطبيق أن ينال من الحقوق المكتسبة في ظل القانون القديم. فإن كان البين من أوراق الملف أن جد الطالبين لأمهم الحاج أحمد (ع) قد توفي خلال سنة 1966 وفي وقت كان فيه قانون مدونة الأحوال الشخصية هو الساري المفعول والذي لم تكن تسمح مقتضياته لأبناء البنت من الاستفادة من الوصية الواجبة على غرار ما ورد بالمادة 369 من مدونة الأسرة الذي أصبح نفاذها ساريا ابتداء من 5/2/2004، فلا يسوغ تطبيق مقتضيات هذه المادة على التركة التي انتقلت إلى الورثة خلال سنة 1966 في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة لما في ذلك من مساس بالحقوق المكتسبة في ظلها، وأن عدم قسمة التركة لا تأثير له، لأن الحقوق المتعلقة بها تنتقل إلى الورثة بمجرد الوفاة...".

منشور بمجلة قضاء محكمة النقض، العدد 75، ص. 150 وما بعدها.

[40] وهو ما عالجه قرار 13 يناير 2015 السالف ذكره.

== la nationalité de l'un de ses parents par déclaration présentée au ministre de la justice entre sa dix-huitième et sa vingtième année.

La mère marocaine d'un enfant issu d'un mariage mixte, considéré marocain du fait de sa naissance d'une mère marocaine peut, avant la majorité de l'enfant, exprimer, par déclaration présentée au ministre de la justice, sa volonté pour que celui-ci conserve la nationalité de l'un de ses parents.

L'intéressé peut demander de renoncer à la déclaration de sa mère aux fins de conserver la nationalité de l'un de ses parents et ce, par déclaration présentée au ministre de la justice entre sa dix-huitième et sa vingtième année.

La conservation de la nationalité prend effet à compter de la date de la déclaration présentée valablement par l'intéressé ou par sa mère».

l'article 1 du décret n° 2-07-975 du 28 octobre 2008 relatif à «la composition et les modalités de fonctionnement de la commission chargée de statuer sur les demandes de naturalisation»[60], alors que les demandes de naturalisation présentées dans le cadre de l'article 12 sont accordées par dahir royal.

Quant à la réintégration, **l'article 15 du dahir** réserve cette modalité aux personnes qui avaient la nationalité marocaine comme nationalité d'origine. Mais, étant donné que les modalités et les conditions de mise en oeuvre de cette procédure ne sont pas précisées par ledit article, on pourrait néanmoins considérer qu'elle concernerait tous les marocains d'origine qui ont perdu leur nationalité dans les conditions de l'article 19 du même dahir[61]

---

[60] Bulletin Officiel n° 5684 du 20 novembre 2008, p. 1610.

[61] Article 19: « Perd la nationalité marocaine:

1° - le Marocain majeur qui a acquis volontairement à l'étranger une nationalité étrangère et est autorisé par décret à renoncer à la nationalité marocaine;

2° - le Marocain, même mineur, qui ayant une nationalité étrangère d'origine est autorisé par décret à renoncer à la nationalité marocaine;

3° - la femme marocaine qui épousant un étranger, acquiert, du fait de son mariage, la nationalité du mari et a été autorisée par décret préalablement à la conclusion du mariage, à renoncer à la nationalité marocaine;

4° - le Marocain qui déclare répudier la nationalité marocaine dans le cas visé à l'article 18 du présent code;

5° - le Marocain qui, remplissant une mission ou occupant un emploi dans un service public d'un Etat étranger ou dans une armée étrangère, le conserve plus de six mois après l'injonction qui lui aura été faite par le gouvernement marocain de le résigner, lorsque ladite mission ou emploi est contraire à l'intérêt national.

L'enfant issu d'un mariage mixte et considéré marocain du fait de sa naissance d'une mère marocaine peut exprimer sa volonté de conserver uniquement =

Par ailleurs, lorsqu'une telle demande triomphe, une contestation peut être diligentée, devant le tribunal compétent, par le ministère public ou par toute personne intéressée et ce dans un délai de cinq ans à partir de la date où la déclaration a pris date (art 28).

b-2: L'acquisition de la nationalité marocaine par le mariage

Une autre modalité d'acquisition de la nationalité marocaine est prévue par **l'article 10 du dahir** et vise la femme étrangère mariée à un marocain. Cette déclaration ne peut être souscrite que si l'intéressée prouve que le ménage a une résidence habituelle et régulière au Maroc depuis au moins cinq ans. Comme pour les autres modalités d'acquisition de la nationalité marocaine, le ministre de la justice dispose d'un délai d'un an, à partir de la date du dépôt de la déclaration, pour statuer et son silence durant ce délai vaut opposition.

b-3: L'acquisition de la nationalité marocaine par naturalisation ou réintégration

En ce qui concerne **la naturalisation**, **l'article 11 du dahir** prévoit que celle-ci peut être accordée de deux manières: par la voie ordinaire permettant à toute personne remplissant les conditions prévues à cet effet de solliciter l'acquisition de la nationalité marocaine, ou bien, par dérogation aux conditions dudit article, lorsque le demandeur remplit les conditions de **l'article 12 du même dahir**.

Les demandes de naturalisation, selon la voie ordinaire, sont instruites par une commission dont la composition est fixée par

demandes présentées par l'une ou l'autre partie, d'autant plus que l'alinéa 2 de l'article 9-2 a bien précisé que le « makfoul » peut et non pas doit présenter sa demande.

Cette demande d'acquisition de la nationalité marocaine doit répondre aux exigences de l'article 25 du dahir, c'est-à-dire qu'elle doit être adressée au ministre de la justice en y joignant les pièces justificatives. La réponse de ce dernier se fera dans un délai d'un an à compter du jour où la demande prend date, et son silence durant ce délai vaut opposition (art 27).

Lorsque la demande ne remplit pas les conditions légales, le ministre de la justice prononce son irrecevabilité par une décision motivée et notifiée à l'intéressé, alors que si toutes les conditions exigées par la loi sont satisfaites par cette demande, le ministre de la justice a la possibilité de la rejeter par une décision non motivée mais notifiée à l'intéressé.

La non motivation de la décision de rejet posera alors un problème de légalité au regard de l'article 1 de **la loi 03-01**[59] «relative à l'obligation de la motivation des décisions administratives». En effet, les décisions prises par le ministre de la justice en matière de nationalité, qui peuvent à notre avis faire partie de la catégorie visée par l'article 2-f de cette loi, ne bénéficient pas de l'exclusion instituée par les deux articles 3 et 4 de cette même loi. Un recours pour excès de pouvoir, dans les conditions de **l'article 20 de la loi 41-90** précité, peut alors être envisageable.

[59] Bulletin officiel n° 5030 du 15/8/2002, page 882 et s.

La réforme introduite par la loi 62-06 a permis à l'enfant né en dehors du Maroc, de parents inconnus, et qui est pris en charge par une personne marocaine **(article 9-2)**, d'acquérir la nationalité marocaine. La demande peut être déposée par «le kafil[57]» à l'issue de la cinquième année de cette prise en charge, à défaut, le «makfoul»[58] peut, de sa propre initiative, à partir des deux années précédent sa majorité, présenter une demande personnelle en vue de cette acquisition. La majorité en question sera-t-elle déterminée par le statut personnel du « Kafil » ou du «makfoul» ? Si c'est les règles du code de la famille, c'est-à-dire celles du « kafil » qui doivent s'appliquer, la demande en question devrait se faire entre l'âge de 16 ans à 18 ans. Par contre, et c'est la règle applicable en pareil cas, du fait que le « makfoul » conserve son propre statut personnel, cette majorité sera déterminée en fonction de ce dernier.

Une autre difficulté peut se poser à propos de l'application de l'article 9-2. En effet, quand cette demande est présentée par le « kafil », l'alinéa 1 de l'article 9-2 ne lui impose aucun délai. Par contre, quand la demande est présentée par le « makfoul », l'alinéa 2 du même article dispose que, faute de demande présentée par le « kafil », cette demande peut être présentée par le « makfoul » dans les deux années précédent sa majorité. Peut-on en déduire qu'une fois ce délai dépassé, toute demande émanant de ce dernier serait irrecevable? Nous pensons que rien ne justifie une différence de traitement des

---

[57] Il s'agit de la personne qui prend en charge l'enfant en question.

[58] C'est-à-dire l'enfant pris en charge.

ce dernier cas, le deuxième alinéa de l'article 9-1 ne semble pas exiger que la demande soit présentée deux années avant la majorité du demandeur.

Les demandes d'acquisition de la nationalité marocaine, sur la base de l'article 9 du dahir, sont adressées au ministre de la justice, comme le précise l'article 25, qui doit vérifier si elles remplissent les conditions exigées par la loi et si elles sont justifiées du point de vue national.

Si la première condition peut être appréciée selon des critères objectifs, et être éventuellement soumise au contrôle du juge administratif dans le cadre d'un recours pour excès de pouvoir, sur la base des dispositions de l'article 20 de la loi 41-90 instituant les tribunaux administratifs[56], la deuxième condition reste assez vague et quasiment insusceptible de critique!

Le ministre de la justice dispose, à compter de la date de la réception de la déclaration, d'un délai d'un an pour statuer et son silence vaut rejet, comme le prévoit l'article 27 du dahir dans sa formulation issue de la réforme de la loi 62-06 précitée. Rappelons que le législateur a choisi, depuis cette réforme, de durcir les conditions d'acquisition de la nationalité, car, sous l'égide des dispositions de l'ancien article 27, le ministre de la justice ne disposait que de six mois pour statuer et son silence, expiré ce délai, valait acquiescement.

---

[56] Dahir n° 1-91-225 du 10 septembre 1993 portant promulgation de la loi n° 41-90 instituant des tribunaux administratifs, Bulletin Officiel n° 4227 du 3 novembre 1993, p. 595.

décrets d'octroi de cette nationalité ne précisent pas la disposition du dahir de 1958 à l'origine d'un tel acte.

En droit comparé, ni le droit Tunisien ni le droit Algérien[53], à titre d'exemple, ne prévoient la possibilité d'acquérir ces nationalités respectives pour une personne née, en Tunisie ou en Algérie, de parents étrangers qui y sont eux même nés. Bien entendu, on peut devenir Tunisien ou Algérien par la naissance dans ces pays, mais cette possibilité n'est envisagée que pour l'enfant né de parents inconnus[54] ou apatrides. Il s'agira donc, dans ces différents cas, de nationalité d'origine et non pas de nationalité d'acquisition. Au demeurant la même possibilité est prévue, par le dahir de 1958, pour l'enfant né au Maroc de parents inconnus (art 7 du dahir): Il sera marocain d'origine.

De son côté, le code civil français[55] prévoit, dans son article 19-3, que l'enfant né en France, de parents dont au moins l'un des deux y est lui-même né, est français d'origine.

Par ailleurs, l'article **9-1 alinéa 2** du dahir assouplit les conditions d'acquisition de la nationalité marocaine, par la naissance et la résidence au Maroc, pour les personnes dont le père, uniquement, est né au Maroc et qui se rattache à un pays arabe ou musulman. Dans

---

[53] Voir note n°30.

[54] Article 7-1 du code de la nationalité algérienne ; article 9 (pour l'enfant né en Tunisie de parents inconnus) et article 8 (pour l'enfant né en Tunisie de parents apatrides) du code de la nationalité Tunisienne.

[55] D'autres possibilités d'attribution de la nationalité française, entant que nationalité d'origine, sont prévues par le code civil (voir articles 19 et suivants).

naissance et de la résidence au Maroc, de la Kafala ou prise en charge et du mariage.

Une personne prétendant à la nationalité marocaine sur la base de ***la naissance et de la résidence au Maroc*** doit prouver que ses parents eux-mêmes y sont nés postérieurement à l'entrée en vigueur du dahir, c'est-à-dire à partir du premier octobre 1958 (art 46 du dahir). Les modalités d'application de ces dispositions sont tellement contraignantes que l'on peut se demander si des personnes ont pu en bénéficier[51]? Par ailleurs, faute de statistiques officielles émanant du ministère de la justice, la consultation du bulletin officiel ne permet pas d'avoir une idée sur «la part» de l'article 9-1[52] en matière d'acquisition de la nationalité marocaine. En effet, les dahirs ou les

---

[51] A titre d'exemple, ça pourrait être le cas d'un étranger né au Maroc de parents étrangers qui y sont nés eux aussi postérieurement au premier octobre 1958. Si l'on considère que la majorité matrimoniale des parents, selon leur loi nationale, est de 18 ans, ils ne pourront se marier, au plutôt, qu'à partir de la fin octobre 1976. Leur premier enfant sera né à partir de la fin de l'année 1977 et ne pourra déposer sa demande d'acquisition de la nationalité marocaine, sur cette base, que vers l'année 1993.

[52] Art 9-1: « Sauf opposition du ministre de la justice conformément aux articles 26 et 27 du présent dahir, acquiert la nationalité marocaine si, dans les deux ans précédant sa majorité, il déclare vouloir acquérir cette nationalité,

tout enfant né au Maroc de parents étrangers qui y sont eux mêmes nés postérieurement à la mise en vigueur du présent dahir, à condition d'avoir une résidence habituelle et régulière au Maroc.

Sauf opposition du ministre de la justice conformément aux articles 26 et 27, acquiert la nationalité marocaine, si elle déclare opter pour celle ci, toute personne née au Maroc de parents étrangers et ayant une résidence habituelle et régulière au Maroc, dont le père lui-même est né au Maroc, lorsque ce dernier se rattache à un pays dont la fraction majoritaire de la population est constituée par une communauté ayant pour langue l'arabe ou pour religion l'Islam et appartenant à cette communauté».

marocain qui acquérais une nationalité étrangère perdait, par conséquent, sa nationalité marocaine. D'ailleurs, cette règle a été rappelée par la cour de cassation[49] qui a précisé que « la nationalité marocaine d'origine ne se perd pas, et que l'acquisition d'une autre nationalité n'empêche pas de continuer de bénéficier… des droits et d'être soumis aux obligations qui s'y rattachent.»

Malgré la rareté de la jurisprudence en la matière, on peut relever une certaine sévérité des tribunaux quant à la reconnaissance de la nationalité marocaine d'origine sur la base de la possession d'état. En effet, le témoignage, comme moyen de preuve retenu par l'article 31 du dahir et qui constitue dans certaines situations le seul et unique moyen à la portée de la personne, est souvent écarté par le juge au motif de ses limites et insuffisances[50].

B. La nationalité par acquisition

L'acquisition de la nationalité marocaine peut résulter soit du « bien fait de la loi » (b-1), soit d'une naturalisation ou d'une réintégration (b-2).

b-1: L'acquisition de la nationalité marocaine par le bienfait de la loi

Le dahir de 1958 fixe à ce propos plusieurs modalités permettant à une personne d'acquérir la nationalité marocaine. Il s'agit de la

[49] Arrêt de la cour suprême (cour de cassation actuellement) n°675, du 4/12/1981, A, Oubaid, op.cit, page 327.

[50] Voir à ce propos, l'arrêt de la cour suprême (cour de cassation actuellement) n°488, du 16 novembre 1995, in A, Oubaid, op.cit, page, 360 et suivants.

trouvé dans l'article 15 de la convention de Madrid du 23 juin 1880[47] la justification légale au refus de la nationalité marocaine à l'appelant. En effet, selon la cour, il n'est pas établi que le grand père de l'intéressé, après avoir été naturalisé français et avoir séjourné au Sénégal, soit retourné au Maroc et opté de nouveau pour la nationalité marocaine. Il s'ensuit, toujours selon la cour, que le père de l'intéressé n'a jamais été marocain pour pouvoir lui transmettre cette nationalité.

La solution de la cour d'appel de Fès nous paraît critiquable à plusieurs égards: D'abord, parce qu'elle viole l'article 2-1 du dahir[48] qui dispose que ce dernier est applicable, pour ce qui est de la nationalité d'origine, aux personnes nées avant sa date d'entrée en vigueur, ce qui est le cas de l'intéressé ; ensuite, parce que l'article 6 du dahir dispose que « est marocain, l'enfant né d'un père marocain » et l'acquisition de ce dernier d'une autre nationalité n'est pas un motif de perte de la nationalité marocaine; Enfin, rien ne permet de conclure, au regard de l'article 15 de ladite convention, que tout

---

[47] Art 15 «Tout sujet marocain naturalisé à l'étranger, qui reviendra au Maroc, devra, après un temps de séjour égal à celui qui lui aura été régulièrement nécessaire pour obtenir la naturalisation, opter entre sa soumission entière aux lois de l'Empire et l'obligation de quitter le Maroc, à moins qu'il ne soit constaté que la naturalisation étrangère a été obtenue avec l'assentiment du Gouvernement marocain. La naturalisation étrangère acquise jusqu'à ce jour par des sujets marocains suivant les règles établies par les lois de chaque pays, leur est maintenue, pour tous ses effets, sans restriction aucune».

[48] Art 9-1 du dahir: « Les dispositions nouvelles relatives à l'attribution de la nationalité marocaine comme nationalité d'origine s'appliquent aux personnes nées avant la date de mise en vigueur de ces dispositions et qui, à cette date, n'avaient pas encore atteint leur majorité».

de première instance n'avait pas procédé à l'audition directe des témoins du lafif, a considéré que ce dernier ne remplit pas toutes les conditions nécessaires pour sa validité, il s'ensuit, selon la cour d'appel, que la preuve par possession d'état n'était pas rapportée.

Une autre cour d'appel[44], a choisi une autre solution, assez curieuse il faut dire, dans une procédure concernant la revendication de la nationalité marocaine en tant que nationalité d'origine. L'intéressé, né au Sénégal en 1953, et de nationalité française, avait présenté sa demande, en 1988, sur la base d'un lafif et d'une copie de l'acte de mariage de ses parents. Il faut préciser que selon les éléments du dossier, le grand père du demandeur, naturalisé français, avait immigré au Sénégal en 1916 et que son père y est lui-même né. Après avoir relevé les «impertinences» du lafif et l'insuffisance de l'enquête administrative diligentée[45] à cet effet, le tribunal de première instance[46] a rejeté la demande.

La cour d'appel, en précisant que le dahir n'était pas applicable à cette situation !, motif qui laisse perplexe, a considéré que ce qui caractérisait la relation entre le marocain et le sultan, avant et pendant le protectorat, c'était le lien d'allégeance perpétuel. Ladite cour a

[44] Arrêt n° 550 de la cour d'appel de Fès, 28 février 1989, Ahmed Oubaid, op.cit, page 188.

[45] Il faut préciser que cette enquête administrative, diligentée à la demande du ministère public, a conclu que l'intéressé et ses parents étaient marocains et se comportaient comme des marocains.

[46] Décision du TPI de fès, 16/11/1988, dossier n°250-88, non publié.

Cette décision exprime la volonté du juge de «barricader» la nationalité marocaine contre toute intrusion de la part de certaines personnes ayant pour seul objectif de déstabiliser le pays[39]!

Nous pensons qu'il s'agit là d'une attitude étrangère à l'esprit même de l'article 31 du dahir, qui laisse le champ ouvert aux prétendants à cette nationalité, entant que nationalité d'origine, de la prouver par « tous moyens », sauf ceux obtenus par fraude.

Une autre difficulté peut surgir à propos de la preuve de la nationalité marocaine, sur la base de la possession d'état, en tant que nationalité d'origine. En effet, cette dernière peut être réclamée par telle ou telle personne, ayant, de surcroît, une ou plusieurs nationalités étrangères ? C'est dans ces conditions qu'une personne, après avoir eu gain de cause devant le tribunal de première instance de Méknès[40], qui lui a reconnu la nationalité marocaine d'origine sur la base d'un lafif[41] et d'une attestation délivrée par le responsable d'une Zaouia[42] prouvant que ses aïeuls et son père étaient originaires du Maroc et membres de la Zaouia en question, s'est vue contester cette nationalité par le parquet général.

La cour d'appel de Méknès[43], après avoir relevé que le tribunal

---

39 Il s'agit des motifs exprimés dans la décision même.

40 Décision n° 18128 du TPI de Méknès du 27 mai 1974 non publié.

41 Il s'agit d'un acte établi par les notaires traditionnels marocains (les adels) et qui transcrit le témoignage de certaines personnes à propos de tel ou tel fait ou acte juridique.

42 La zaouia est une confrérie religieuse ayant ses propres rites et qui obéît à l'enseignement d'un Cheikh.

43 Arrêt n° 647 de la cour d'appel de Méknès, 15 avril 1977. Voir Ahmed Oubaid, op.cit, page 165.

pour intenter contre toute personne une action dont l'objet principal est d'établir si le défendeur a ou n'a pas la nationalité marocaine». Faut-il en déduire que dans ce dernier cas le ministère public aurait le choix d'agir ou non ? Nous pensons que quelle que soit la situation, le procureur du Roi est dans l'obligation de saisir la juridiction compétente afin d'appliquer la loi.

Comment la jurisprudence apprécie la pertinence des éléments constitutifs de la possession d'état ?

Comme on l'a précisé plus haut, les décisions de justice à ce propos sont assez rares, ce qui ne permet pas de savoir comment la jurisprudence est fixée quant à l'acceptation ou le rejet de tel ou tel mode de preuve. Néanmoins, ces rares décisions laissent penser que le juge marocain ne donne pas assez de crédit aux preuves de la possession d'état, notamment lorsqu'il s'agit de témoignage, alors que l'article 31 du dahir en fait le mode de preuve le plus pertinent. C'est ainsi que dans sa décision du 28 décembre 1977[38], le tribunal de Qalaât Esseraghna, a considéré que l'intéressé, malgré qu'il dispose d'un certificat de nationalité, délivré par les services compétents, d'un passeport marocain, d'une attestation adoulaire prouvant que lui-même et ses parents se sont comportés comme des marocains et ont été considérés comme tels tant par les autorités publics que par les particuliers (art 31 dahir), et bien d'autres moyens de preuve, ne bénéficie pas de la nationalité marocaine.

---

[38] Décision du tribunal de Qalaât Essraghna, 28 décembre 1977, dossier n°2939/76, décision n°3417. Cette procédure a été diligentée sur la base de l'article 41 du dahir, à l'occasion des élections communales, par les adversaires d'un candidat auquel ils contestaient la nationalité marocaine.

De son côté, l'article 19-1 du code civil français considère l'enfant d'apatrides né en France comme français d'origine sans aucune autre condition.

a-3: La preuve de la nationalité marocaine d'origine

La preuve de la nationalité marocaine d'origine peut se faire par tous moyens, et, notamment, par possession d'état, c'est-à-dire sur la base d'une série de preuves attestant que la personne, et ses parents, se considèrent comme marocains et se comportent comme tels, et ce dans les conditions fixées par l'article 31 du dahir.

C'est dans le cadre d'une procédure judiciaire en revendication de la nationalité marocaine, entant que nationalité d'origine, devant le tribunal de première instance (art 37 du dahir), que la personne devrait présenter les preuves de sa possession d'état. Le ministère public est partie principale dans toute action en revendication ou en contestation de la nationalité marocaine.

Le ministère public, à son initiative ou sur réquisition de l'administration, a seul qualité pour saisir le tribunal qui décidera si l'intéressé possède ou non la nationalité marocaine. Les tiers, prouvant un intérêt, pourront intervenir à l'instance.

On remarquera que les articles 39-3 et 40-2 du dahir, désignant chacun la partie à l'origine de la saisine du ministère public, obligent ce dernier à saisir le tribunal de première instance compétent. En effet, ces deux articles disposent que « le ministère public est tenu d'agir », alors que lorsqu'il s'agit de sa propre initiative, l'article 39-3 dispose, dans des termes moins énergiques, qu'il a tout simplement «qualité

La naissance au Maroc, de parents inconnus, est donc la seule possibilité, en dehors de la filiation, qui permet d'avoir la nationalité marocaine entant que nationalité d'origine. Le législateur marocain n'accorde ainsi aucune possibilité à l'enfant né au Maroc de parents apatrides d'accéder à cette nationalité. Précisons qu'avant la réforme introduite par la loi 62-06, l'enfant né d'un père apatride pouvait accéder à la nationalité marocaine à condition que la mère soit marocaine (art 7-1 ancien). Cette modalité n'a plus lieu d'être du fait que depuis la réforme, la mère marocaine transmet sa nationalité à ses enfants et ce quelque soit le statut du père au regard du droit de la nationalité.

Ladite réforme ne fait plus de place à l'apatridie comme motif d'accès à la nationalité marocaine d'origine, alors que le Maroc reçoit sur son territoire, depuis quelques années, des dizaines de milliers de personnes dont certaines sans nationalité. Ce choix peut expliquer, entre autres motifs, l'hésitation du Maroc à ratifier la convention de New York du 28 septembre 1954 relative au statut des apatrides[36].

A ce propos, et contrairement à la position marocaine, l'article 8 du code de la nationalité tunisienne[37] permet à l'enfant né en Tunisie de parents apatrides, et qui y résident depuis au moins cinq ans, d'accéder à la nationalité Tunisienne entant que nationalité d'origine.

---

[36] Les seuls Etats arabes ayant ratifié cette convention sont l'Algérie, la Tunisie et la Libye. Voir le texte de la convention et la liste des Etats membres dans le lien suivant:

https://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-3&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_fr

[37] Voir note n°30.

En droit comparé, et notamment dans les législations des Etats arabes en la matière[32], aucun renvoi aux règles régissant la filiation n'a été retenu, évitant ainsi toutes difficultés futures aux personnes désireuses de prouver leur filiation d'origine après leur majorité.

Le code de la famille précise en outre, dans son article 158, que la filiation paternelle peut être prouvée par: les rapports conjugaux ou (« Al firache[33] »), l'aveu du père, le témoignage de deux «adels», le ouî-dire, ou par tout autre moyen légal, y compris l'expertise judiciaire[34].

a-2: La nationalité par la naissance au Maroc

Il s'agit tout particulièrement de la situation de l'enfant né au Maroc de parents inconnus (art 7). Cet enfant sera considéré comme n'ayant jamais été marocain, si sa filiation avant sa majorité est établie à l'égard d'un étranger qui peut, selon sa loi nationale, lui transmettre sa nationalité. La même solution est adoptée par différentes législations étrangères[35].

---

[32] Voir à ce propos: loi n°63-7 du 22 avril 1963 portant refonte de la nationalité-tunisienne-(Journal Officiel de la République Tunisienne, n°19 des 19 et 23 avril 1963, p 505; Ordonnance n° 70-86 du 15 décembre 1970 portant code de la nationalité algérienne (modifiée et complétée par l'ordonnance 05-01 du 27 février 2005), JO n° 63/1972.

[33] Il s'agit de la présomption de paternité au bénéfice du mari de la mère.

[34] Avant l'entrée en vigueur du code de la famille de 2004, l'expertise judiciaire, et en particulier l'expertise médicale, n'était pas prévue par l'ancien code du statut personnel. Les moyens de preuve de la paternité.

[35] Voir dans ce sens l'article 19 du code civil français; l'article 7-1 de l'ordonnance du 15 décembre 1970 portant code de la nationalité algérienne ; l'article 9 du code de la nationalité tunisienne…

dit, un enfant né au Maroc d'une mère marocaine et d'un père inconnu ou suite à un viol risque l'apatridie si la déclaration administrative, auprès des services de l'état civil, n'a pas été faite avant sa majorité. Et lorsque l'on sait les difficultés et les réticences des « mères célibataires » à entamer cette démarche, on peut imaginer l'ampleur de ce phénomène ! Le même problème risque de se poser pour les enfants issus d'un mariage traditionnel dont l'authentification n'a pas été faite selon les prescriptions de l'article 16 du code de la famille[29]. D'ailleurs, l'ampleur de ce phénomène a poussé le gouvernement[30] à mettre en place un dispositif national pour l'inscription des « oubliés » des services de l'état civil[31].

Si des tentatives de ce type sont louables, elles ne permettront pas aux personnes dont la filiation parentale n'a pas été établie avant leur majorité de «résister» face aux dispositions de l'article 8-1 du dahir du 6 septembre 1958.

En liant l'institution de la nationalité à celle de la filiation, et surtout en imposant que cette dernière soit établie dans un certain délai, le législateur marocain rend, dans certaines situations, l'accès à la nationalité marocaine assez difficile sinon impossible.

---

[29] Voir l'article 16 du code de la famille et sa dernière formule issue de la loi 15-102 (BO n°6433 du 25 janvier 2016, p 420). Cette dernière écriture prête à confusion car elle dispose que l'action en reconnaissance du mariage peut avoir lieu dans un délai ne dépassant pas 15 ans à compter de la date d'entrée en vigueur de cette loi. De quelle loi s'agit-il: est-ce la loi 03-70 ou la loi 15-102 ?

[30] Circulaire du premier ministre n° 2017-12 en date du 4 septembre 2017.

[31] On parle de plusieurs milliers d'enfants non inscrits. Voir à ce propos « L'état civil: plus de 60.000 non inscrits », journal « Aujourd'hui le Maroc » du 4 juin 2018.

l'ascendant. Ce dernier étant régi, en droit marocain, par le code de la famille[27] et notamment ses articles 142 et suivants.

Les conditions d'établissement de la filiation dépendent donc des prescriptions relatives au statut personnel de l'ascendant.

La filiation, selon le code de la famille, peut être légitime ou illégitime. Concernant la mère, les conséquences de la filiation sont les mêmes, que cette dernière résulte d'une relation légitime ou illégitime (article 146 CF), ce qui n'est pas le cas pour le père dont la filiation illégitime ne produit aucun effet (article 148 CF).

Quand l'enfant est issu d'une relation illégitime entre un marocain et une femme de nationalité étrangère, il ne pourra pas prétendre à la nationalité marocaine, et pour peu que la loi nationale de la mère ne lui permette pas non plus de transmettre sa nationalité à cet enfant, on se trouvera alors dans une situation d'apatridie. Cette différence de traitement entre le père et la mère marocains, en l'absence de lien légitime, n'a pour seule conséquence que de priver l'enfant, qui n'est en rien responsable de cette situation, de la nationalité du père.

Si la filiation maternelle, selon le code de la famille, garantit toujours l'accès de l'enfant à la nationalité marocaine, encore faut-il, selon les dispositions de l'article 8-1 du dahir de 1958, qu'elle soit établie avant que l'enfant n'atteigne l'âge de la majorité[28]. Autrement

---

[27] Bulletin officiel du 5/2/2004, n° 5184, p 418.

[28] L'âge de la majorité est fixé à 18 ans grégoriens révolus selon l'article 4 du dahir de 1958.

Après avoir été opposées, ces deux conceptions de la nationalité d'origine, en Europe et en Amérique, allaient se rapprocher par la suite. C'est ainsi que suite au fléchissement de la population en Europe, à la fin du XIX siècle, une place fut réservée au jus soli[25], et, actuellement, tous les systèmes législatifs combinent les deux conceptions avec un penchant pour l'une ou pour l'autre.

a) **La nationalité d'origine selon le dahir du 6 septembre 1958.**

Cette nationalité d'origine s'acquiert soit par filiation (a-1) soit par la naissance au Maroc (a-2) et peut être prouvée, comme le précise l'article 31 du dahir, par tous les moyens et notamment par possession d'état (a-3).

a-1: La nationalité par filiation

Avant la loi 62-06[26], le jus sanguinis n'opérait que vis-à-vis du père marocain. La mère marocaine mariée à un étranger ne pouvait pas transmettre, par filiation, sa nationalité marocaine à ses enfants. Elle ne pouvait le faire que lorsque le père était inconnu et ce quel que soit le lieu de naissance de l'enfant (art 6-2 ancien).

Désormais, l'article 6 du dahir ne fait plus de différence entre le père et la mère marocains qui, tous les deux, peuvent transmettre, jus sanguinis, la nationalité marocaine à leurs enfants.

L'article 8-2 précise par ailleurs que la filiation paternelle ou parentale doit être établie conformément au statut personnel de

---

[25] C'est le cas en France des lois de 1851, 1874, 1889 et de 1927.

[26] Voir note n°2.

A. **La nationalité d'origine**

Comme le souligne Paul de La Pradelle[23], la nationalité d'origine (a) dépend de la volonté de l'Etat, alors que la nationalité par acquisition (b) dépend de la volonté de l'homme. La première est une nationalité d'attribution tandis que la seconde est une nationalité d'élection.

Dans la cité antique, où la famille était la base des relations sociales, la nationalité d'origine se transmettait par filiation. Dés que la terre a remplacé la race, la nationalité s'acquérait par la naissance, même de parents étrangers, sur ce territoire. Ainsi, durant toute la période féodale et moderne, en dehors des pays où l'islam régnait, le jus soli constituait le seul critère de la nationalité.

Le jus sanguinis sera adopté par l'Etat moderne en réaction contre l'ancien régime et du fait de l'apparition, durant le dix huitième siècle, d'une nouvelle conception de la souveraineté: l'homme est devenu la source de tout pouvoir et n'était plus considéré comme l'accessoire du sol.

L'Europe d'alors, puissante et à forte population, délaisse le jus soli, qu'elle considère comme d'inspiration féodale, en faveur du jus sanguinis, pendant que les Etats-Unis optent pour le jus soli comme expression de la liberté nationale et individuelle. C'est dans ce sens que « les constitutions des jeunes Républiques émancipées d'Amérique déclarent-elles national l'enfant né de parents étrangers sur le territoire[24].»

---

[23] P, De La pradelle, op cit, p 209 et s.

[24] Ibid, p 211.

fait qu'il était d'origine marocaine par son père, que son établissement au Maroc était définitif et sans intention de retour en Tunisie, qu'il n'était pas inscrit, en tant que tunisien, dans les registres du consulat de France à Tanger et, en tant que musulman, la seule loi qui puisse définir sa nationalité c'est la loi coranique.

Monsieur Abdelhakim a soutenu que tout musulman, selon cette conception, dispose de la nationalité de l'Etat dans lequel il réside.

Dans sa décision, le tribunal de la seine a rejeté ces arguments et a jugé que, sur la base des pièces du dossier, monsieur Abdelhakim était tunisien d'origine et de naissance et que si l'Islam ne faisait pas de distinction entre les individus sur le critère de la nationalité, «des modifications profondes ont été, avec le temps, l'évolution des idées, et la fréquence des rapports avec les pays occidentaux, apportés à l'ancienne législation musulmane, et le principe de nationalité distincte s'est dégagé de l'ancien droit coranique[22]. » L'intérêt de cette décision réside uniquement dans son aspect historique, et au-delà de son argumentaire juridique, qui reste au demeurant assez discutable, on ne sait pas quelle aura été la position de la cour de cassation si elle avait été saisie du litige ?

II. Les règles de fond et de procédure régissant la nationalité marocaine

Le code de la nationalité marocaine, à l'instar des autres législations, fait la distinction entre la nationalité d'origine (A) et celle par acquisition (B).

[22] Décision du tribunal de la Seine précitée.

la naturalisation étrangère a été obtenue avec l'assentiment du gouvernement marocain.»

B. **<u>L'affaire Abdelhakim</u>**

Cette affaire allait constituer la première décision de justice[20], prononcée par une juridiction étrangère, à propos de la nature juridique de la nationalité marocaine.

A l'occasion de son voyage en Espagne par le port de Tanger, dans le cadre d'une mission qui lui a été confiée par le sultan du Maroc, Monsieur Abdelhakim, tunisien et conseiller du sultan, fut débarqué du bateau suite à une décision d'expulsion du territoire marocain prononcée par le ministre plénipotentiaire de France à Tanger.

Cette décision d'expulsion était prise sur la base des pouvoirs que détenaient les consuls vis-à-vis de leurs nationaux et assimilés. Monsieur Abdelhakim étant originaire de Tunisie[21], il était de ce fait soumis à l'autorité du consul français à Tanger.

Un premier recours contre cette décision fut adressé par Monsieur Abdelhakim, appuyé en cela par le ministre marocain de la guerre (El Menebhi), au Ministre français des affaires étrangères qui a confirmé la décision du consul et rejeté le recours de l'intéressé.

Monsieur Abdelhakim porta alors l'affaire devant le tribunal de Paris et assigna le Ministre des affaires étrangères en déclaration de nationalité. Il avança plusieurs arguments à l'appui de sa demande: le

[20] Tribunal civil de la seine, 2 mai 1905, Dalloz.1908, II, p 123.

[21] Pays qui était à l'époque des faits sous protectorat français.

de son histoire, par rapport au reste du monde musulman, n'a pas mis fin à ce sentiment d'appartenance à la «Oumma»: une communauté d'hommes et de femmes se retrouvant autour de la même religion qui constitue pour eux l'élément fédérateur.

Suite aux multiples plaintes du gouvernement marocain concernant les abus en matière de protection accordée par certaines puissances étrangères à des sujets du sultan du Maroc, et notamment aux «mukhalats[19] », qui étaient alors soustraits à la juridiction et à l'autorité du sultan, la conférence de Madrid du 23 juin 1880 avait tenté de poser des règles concernant: la protection au Maroc, le droit de propriété des étrangers, la naturalisation et la liberté de commerce.

Concernant la naturalisation, **l'article 15** de cette convention a posé la première règle juridique du droit moderne de la nationalité marocaine. En effet, pour limiter les naturalisations des « sujets » du sultan, il a été convenu que « tout sujet marocain, naturalisé à l'étranger, qui reviendra au Maroc, devra, après un temps de séjour égal à celui qui lui aura été régulièrement nécessaire pour obtenir la naturalisation, opter pour sa soumission entière aux lois de l'empire, ou l'obligation de quitter le Maroc, à moins qu'il ne soit constaté que

---

[19] Il s'agit de marocains rattachés, par des liens plus ou moins sérieux, à des maisons de commerce européennes et qui bénéficiaient d'une protection partielle de la part des puissances étrangères. Ces dernières, ne pouvant pas pénétrer à l'intérieur du pays, se servaient des protégés pour les besoins de leur commerce. Cette protection était accordée moyennant une redevance annuelle ce qui avait transformé cette « protection » en une véritable institution lucrative. Voir à ce propos C, PEYREIGNE, «Les influences européennes au Maroc avant la conférence d'Algésiras», Toulouse, Charles Dirion, Libraire-Editeur, 1908, p 65 et s.

appartenaient à la communauté musulmane, qui constitue un seul corps, les seconds constituaient la catégorie des «dhimmis»[16]. Ces derniers devaient s'acquitter de certains impôts: «la djezya» (impôt de capitation) et «le kharadj» (un impôt foncier).

Une catégorie, éphémère, était constituée des ressortissants d'un pays de guerre, vivant en terre d'islam, et qui bénéficiaient, à leur demande, d'un sauf-conduit (« Alaman » ce qui en faisait des «Moustaminins»). Les autorités assuraient à ces derniers une protection provisoire mais ils devaient quitter la terre d'islam au bout d'une année s'ils refusaient de s'acquitter de différents impôts qui pourraient les faire bénéficier du statut de dhimmis.

Tout au long de cette période, la notion de nationalité, telle qu'on la conçoit actuellement, était méconnue du «droit musulman». Toutefois, avant l'établissement du protectorat français au Maroc[17], des dispositions légales (la conférence de Madrid du 23 juin 1880) (A) et certains événements historiques (l'affaire Abdelhakim) (B) ont pu constituer les germes de la naissance d'un droit moderne de la nationalité marocaine.

A. La conférence de Madrid du 23 juin 1880[18]

L'indépendance politique du Maroc, durant une longue période

---

[16] Voir à ce propos A. Fattal, « La nature juridique du statut des dhimmis », Annales de la faculté de droit de l'université Saint Joseph de Beyrouth, 1956.

[17] Ce protectorat a été institué par le traité de Fès du 30 mars 1912, signé par le sultan Moulay Abdelahafid et par le diplomate français Eugène Regnault.

[18] Voir, pour le texte de la convention du 23 juin 1880, «Documents diplomatiques: conférences de Madrid de 1880, droit de protection au Maroc», in Gallica, https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k9600646b.

Si l'on prend en considération ces critères de définition de la notion de nationalité, on pourrait aisément admettre qu'avec la conquête de l'Afrique du Nord, à partir de la deuxième moitié du septième siècle, une langue et une loi communes se sont imposées progressivement dans tous ces territoires. Le concept de la nation[13], telle que défini par ces trois attributs (le territoire, la langue et la conscience) a certainement existé au Maroc avant et après la propagation de la religion musulmane. Toutefois, depuis que cette dernière était devenue la référence de l'organisation sociale, la seule distinction qui existait entre les individus était celle basée sur la religion.

A titre d'exemple, durant le règne de l'empire Ottoman, le gouvernement Ottoman ne manquait pas de rappeler dans des traités conclus avec certains Etats, que la nationalité Ottomane serait attribuée aux étrangers qui opteraient pour la religion musulmane[14]. On considérait, en effet, que la religion était le vrai motif d'union entre les individus et la vraie nationalité est la grande communauté islamique. Dans la conception de l'islam, le lien qui fait le groupe est «un lien tout personnel de sujétion fondé sur la religion[15].»

Selon cette vision des choses, il ne pouvait y avoir que deux catégories de personnes: les croyants et les infidèles. Les premiers

---

[13] Cette notion correspond plutôt dans la civilisation musulmane au concept de « Oumma ».

[14] Voir à ce propos, K, ZOHRAB, « De l'empêchement, en droit Ottoman, de recevoir par succession pour cause de divergence de nationalité», LGDJ, 1908, p 16 et s.

[15] P. De La Pradelle, « La nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain », librairie du recueil Sirey, p 210.

Selon De Liron d'Airoles[7], il existe trois signes de la nationalité: le territoire, la langue et la conscience.

La terre est le lien entre les hommes, elle forme l'unité des nations. D'ailleurs, selon Montesquieu: «les peuples qui ne vivent pas dans un pays limité et circonscrit auront entre eux bien des sujets de querelles[8].» Cette idée peut se vérifier même au niveau de la limitation de la propriété foncière des particuliers: «les bornes incertaines et surtout les propriétés enclavées sont des sources infaillibles de contestations et de procès[9]».

Quant à la langue, même si ça ne constitue pas un signe absolu de la nationalité, «les hommes qui parlent le même langage sont attirés spécialement les uns vers les autres, et portés à se regrouper[10]».

Enfin, la conscience traduit ces sentiments mystérieux qui font que les individus d'un même peuple ont conscience du lien qui les unit et qui constitue le fondement de leur nationalité.

On a considéré[11], concernant le concept de nationalité en Afrique du Nord à travers l'histoire, que l'idée d'un ordre commun territorial était beaucoup plus présente dans les tribus berbères, et notamment chez les Mozabites ou chez les Kabyles en Algérie. En effet, selon cette conception[12], la langue et la loi, rédigée et codifiée et que nul n'est censé ignorer, constituent les signes extérieurs de la nation.

---

[7] O, De Liron d'Airoles, op.cit, p 23 et s.

[8] Montesquieu, «Esprit des lois », livre XVIII, chapitre XII.

[9] O, De Liron d'Airoles, op.cit, p 34.

[10] Idem, p 38.

[11] R.Maunier, « La nation et l'Etat en Algérie», in « la nationalité dans la science sociale et dans le droit contemporain », librairie du recueil Sirey, p 185 et s.

[12] Idem, p 187.

donc pour ambition, en empruntant « la technique juridique » du droit de la nationalité de certains pays, et notamment l'ordonnance n°45-2441 du 19 octobre 1945 portant code de la nationalité française[3], de définir, à travers **les quarante cinq articles qui le composent, les règles de fond et de procédure (II)**.

Il faut préciser, par ailleurs, que la jurisprudence marocaine en la matière est assez rare et ne dépasse pas une dizaine de décisions, toutes juridictions confondues[4], rendues sur la base du dahir de 1958.

I. La nationalité marocaine avant l'indépendance du pays.

Il est admis qu'à travers l'histoire, et dans tous les peuplements, la famille fut la première forme d'association qui, en s'élargissant, a donné naissance à la tribu, au peuple, à la cité, à la nation et enfin à l'Etat[5].

La notion de peuple, c'est-à-dire un groupement humain formé de familles ayant une origine et une langue communes, n'est pas forcément lié à un territoire[6]. Mais, dés que le peuple se fixe sur un territoire on parle alors de nation, et s'opère alors, avec le temps, une identification entre le territoire et le peuple.

---

[3] Journal officiel de la République Française du 20 octobre 1945, p 6700.

[4] Voir à ce propos: A. Oubaid «Sélection des grandes décisions de droit international privé rendues par les juridictions marocaines», Rabat, librairie Dar Essalam, 2013. (Ouvrage en langue arabe).

[5] O, De Liron d'Airoles, «Réflexions historiques sur les nationalités», Montpellier, Imprimerie typographique de Gras, 1866, p 19.

[6] C'est le cas des peuples barbares qui se ruèrent sur l'occident du IV au IX siècles. C'est le cas aussi, depuis la dispersion des juifs, du peuple juif.

La nationalité marocaine:

règles de fond et de procédure

selon le dahir du 6 septembre 1958

ABDELAHAD CHAKIR

DOCTEUR EN DROIT

La nationalité marocaine est régie par le dahir du 6 septembre 1958[1] tel que modifié par la loi 62-06 [2]ayant notamment permis à la mère marocaine, mariée à un étranger, de transmettre cette nationalité, à l'instar du père marocain, aux enfants nés de cette union. Cette transmission, par la mère, n'était pas possible, avant l'entrée en vigueur de ladite loi, sauf lorsque le père était inconnu ou apatride.

Le dahir régissant la nationalité marocaine a vu le jour deux années après l'indépendance du pays. Durant toute la période du protectorat et antérieurement à celle-ci, **il n'existait pas de cadre juridique pour cette matière (I)**. Le dahir du 6 septembre 1958 avait

---

[1] Dahir n° 1-58-250 du 21 Safar 1378 (6 septembre 1958) portant code de la nationalité marocaine, bulletin officiel n° 2394 du 12 septembre 1958, p 1492.

[2] Dahir n° 1-07-80 du 3 rabii I 1428 (23 mars 2007) portant promulgation de la loi n° 62-06 modifiant et complétant le dahir n° 1-58-250 du 21 Safar 1378 (6 septembre 1958) portant code de la nationalité marocaine, bulletin officiel n° 5513 du 14 rabii I 1428 (5 avril 2007), p 1117.

مجلة قضاء محكمة النقض

فهرس القرارات

الجزء الأول:

قرارات الغرفة المدنية

الجزء الثاني:

قرارات غرفة الأحوال الشخصية والميراث

التبويب	عناصر	رقم القرار	تاريخ القرار	مراجع الملف	الصفحة
عقد هبة	– عقار مثقل برهن رسمي – ادعاء الواهب عدم قدرته على أداء الأقساط – أثره.	49	2018/01/23	2016/1/2/788	39
عقد هبة	– التبرع بالرقبة والاحتفاظ بالثمار – تسجيل العقد بالرسم العقاري قيد حياة الواهب – أثره.	95	2018/02/13	2016/1/2/367	43

الجزء الثالث:

قرارات الغرفة التجارية

الجزء الرابع:

قرارات الغرفة الإدارية

الجزء الخامس:

قرارات الغرفة الاجتماعية

الجزء السادس:

قرارات الغرفة الجنائية

الصفحة	مراجع الملف	تاريخ القرار	رقم القرار	عناصر	التبويب
143	**2998-2017/11/6/2997**	**2018/01/04**	**13**	**– محضر التنفيذ – حجيته.**	**جنحة انتزاع عقار من حيازة الغير**
146	**2016/12/6/8457**	**2018/03/06**	**374**	**– اعتباره انتزاعا للحيازة بالعنف.**	**منع المشتكي من إدخال التيار الكهربائي**
149	**2017/2/6/14887**	**2018/07/25**	**912**	**– الحد الأدنى لتوقيف رخصة السياقة – عدم جواز النزول عنه بمبرر ظروف التخفيف.**	**سياقة في حالة سكر والجرح غير العمدي الناتج عن حادثة سير**

فهرس الدراسات

فريق عمل قسم التوثيق والدراسات والبحث العلمي بمحكمة النقض مرصد الاجتهاد القضائي	
الرئيس	الدكتور حسن فتوخ
الأطر	رشيدة الدقاقي – خديجة أوسليمان – محمد العلاوي
البريد العادي	محكمة النقض – شارع النخيل – حي الرياض – الرباط (المغرب)
البريد الالكتروني	Rev.cour.cassation@gmail.com
الموقع الإلكتروني	www.courdecassation.ma
الهاتف	0537.28.70.28
الفاكس	0537.71.78.20

· Annexes documentaires ·

Fiche documentaire

Fiche documentaire analytique

Nature du document : Publication périodique juridique.

Organisme émetteur : Cour de Cassation du Maroc.

Période couverte : Numéro 85 de la revue, sans indication de date précise de publication. Le contenu inclut des décisions judiciaires datant de 2012 à 2018.

Thèmes traités : Jurisprudence de la Cour de Cassation, droit civil, droit immobilier, droit des obligations, droit commercial, et autres domaines du droit marocain. Le document présente des analyses de décisions de justice, des commentaires doctrinaux et des informations relatives à l'activité de la Cour de Cassation.

Axes principaux :

* Diffusion de la jurisprudence de la Cour de Cassation.

* Analyse et commentaire des décisions de justice.

* Contribution à la doctrine juridique marocaine.

* Information sur l'activité de la Cour de Cassation.

Informations juridiques essentielles :

* Le document contient des références à des décisions de justice rendues par la Cour de Cassation, notamment des arrêts de la chambre civile.

* Les décisions mentionnées portent sur des questions de droit variées, telles que la propriété immobilière, les contrats, la responsabilité civile, et les procédures judiciaires.

* Le document inclut des références à des textes de loi marocains, sans les citer explicitement.

* Le document contient des analyses juridiques et des commentaires doctrinaux sur les décisions de justice, visant à éclairer leur portée et leur application.

* Le document fournit des informations pratiques sur la Cour de Cassation, telles que son adresse électronique et son site web.